

PUBLICLAW.AT

REIHE MASTERTHESEN 1/2013

ARNO KAHL UND THOMAS MÜLLER (HRSG)

Sabine Moser

Die neuen DAWI-Beihilferegeln der Europäischen Kommission

Das „Almunia“- und „Monti-Kroes“-Paket im Vergleich

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades einer
Magistra des Rechts der Wirtschaft
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

Eingereicht bei Univ. Prof. Dr. Norbert Wimmer
von Mag. phil. Sabine Moser

Innsbruck, im Dezember 2012

Abstract: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) haben in Europa eine lange Tradition. Da deren Erbringung wirtschaftlich oftmals nicht rentabel ist und dadurch eine flächendeckende und zuverlässige Versorgung nicht immer gewährleistet werden kann, muss hier der Staat unterstützend eingreifen. In dem Grundsatzurteil *Altmark-Trans* aus dem Jahr 2003 hat der EuGH näher ausgeführt, wann derartige Maßnahmen keine staatlichen Beihilfen darstellen. Um für mehr Rechtssicherheit in diesem Bereich zu sorgen, nahm die Europäische Kommission 2005 das sog. „*Monti-Kroes*“-Paket an. Nach einem Konsultationsprozess traten 2012 die überarbeiteten Beihilferegeln in Form des „*Almunia*“-Pakets in Kraft. In der vorliegenden Arbeit werden nach einem Überblick über die Daseinsvorsorge in Europa die beihilferelevanten Vorschriften im Vertrag von Lissabon, das *Altmark*-Urteil und schließlich die neuen Beihilfenvorschriften unter Berücksichtigung der Vorgängerregelung näher dargestellt.

Schlagwörter: EU-Recht, EU-Beihilfenrecht, Beihilfenverbot, Daseinsvorsorge, DAWI

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
Abkürzungsverzeichnis.....	6
I. Einleitung	9
II. Begriffsbestimmung	10
1. DAI – Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.....	10
2. DAWI – Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	11
3. SDAI – Sozialdienste bzw Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse	11
III. Daseinsvorsorge in Europa bis zum Vertrag von Lissabon	12
IV. Freistellung vom Beihilfenverbot für DAWI	19
1. DAWI im Vertrag von Lissabon.....	19
a) Art 107 Abs 1 AEUV [Beihilfenverbot]	20
b) Art 106 Abs 2 AEUV [Ausnahmevorschrift für DAWI]	21
c) Art 14 AEUV [Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse]	22
d) Art 36 GRC [Zugang zu DAWI]	23
e) Protokoll Nr 26 [Dienste von allgemeinem Interesse]	24
2. Die <i>Altmark</i> -Entscheidung des EuGH.....	26
3. Das „ <i>Monti-Kroes</i> “-Paket	28
4. Das „ <i>Almunia</i> “-Paket	30
V. Die vier Instrumente des „<i>Almunia</i>“-Pakets	32
1. DAWI-Mitteilung	33
a) Definition des Unternehmens und der wirtschaftlichen Tätigkeit	33
aa) Ausübung öffentlicher Befugnisse	34
bb) Soziale Sicherheit.....	34
cc) Gesundheitsfürsorge.....	35
dd) Bildungswesen	36
b) Staatliche Mittel	36
c) Auswirkungen auf den Handel	37
d) Erläuterungen zu den <i>Altmark</i> -Kriterien	38

aa) DAWI und Betrauungsakt	38
bb) Ausgleichsparameter und Überkompensation	39
cc) Auswahl des Dienstleistungserbringers.....	39
i) Erste Variante: Öffentliche Ausschreibung.....	39
ii) Zweite Variante: Kostenanalyse durch Unternehmensvergleich	40
e) Ergebnis	41
2. DAWI-Beschluss	42
a) Schwellenwerte und Betrauungsdauer.....	42
b) DAWI und Betrauungsakt	44
c) Höhe der Ausgleichsleistungen und Kontrolle von Überkompensation.....	45
aa) Mehrjahresansatz	45
bb) Berechnung der Nettokosten	45
i) Kostenallokationsmethode	45
ii) Net-avoided-cost-Methode	46
cc) Berechnung des angemessenen Gewinns	46
d) Transparenz und Berichterstattung	47
e) Ergebnis	48
3. DAWI-Rahmen	49
a) Standardvoraussetzungen für die Vereinbarkeit.....	49
aa) Vorliegen einer echten DAWI.....	49
bb) Betrauungsakt und Betrauungsdauer	49
cc) Einhaltung der TransparenzRL und des Vergaberechts	50
dd) Nichtdiskriminierung	50
ee) Höhe der Ausgleichsleistungen	51
i) Net-avoided-cost-Methode.....	51
ii) Effizianzanreize.....	52
iii) Überkompensation	53
ff) Transparenz	53
b) Vereinfachte Prüfung	53
c) Eingehendere Prüfung bei schwerwiegenden Wettbewerbsverfälschungen	54

d) Ergebnis	54
4. DAWI-De-minimis-VO.....	56
a) Geltungsbereich.....	57
b) De-minimis-Beihilfen.....	57
c) Gewährung und Überwachung.....	58
e) Ergebnis	59
5. Wesentliche Unterschiede zwischen dem „ <i>Almunia</i> “- und dem „ <i>Monti-Kroes</i> “-Paket.....	60
6. Prüfungsschema	62
VI. Schluss	63
Literaturverzeichnis.....	65
Rechtsquellenverzeichnis	69
Rechtsprechungsverzeichnis (EuGH, EuG, SA)	72

Abkürzungsverzeichnis

ABI	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft bzw seit 01.02.2003 Amtsblatt der Europäischen Union
ABI C	Amtsblatt Teil C (communicatio – Kundmachungen, Mitteilungen)
ABI L	Amtsblatt Teil L (legislatio – Rechtsvorschriften)
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art	Artikel
bspw	beispielsweise
BRZ	Zeitschrift für Beihilfenrecht
bzw	beziehungsweise
C	Cour (Rechtssache des EuGH)
cep	Centrum für europäische Politik
DAI	Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
DANWI	Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse
DAWI	Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
dh	das heißt
E	Entscheidung
Ebd	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
endg	endgültig
Erwgr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuR	Zeitschrift für Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Nizza)
EUVn	Vertrag über die Europäische Union neu (Lissabon)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

f, ff	folgende, fortfolgende
Fn	Fußnote
GA	Generalanwalt
ggf	gegebenenfalls
GR	Gemeinschaftsrahmen
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
insb	insbesondere
IRR	Internal Rate of Return
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
lit	litera
Mio	Millionen
MwN	Mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
P	Pourvoi (EuGH wird als Rechtsmittelinstanz tätig)
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
s	siehe
SA	Schlussantrag/Schlussanträge
SDAI	Sozialdienste bzw Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse
SDAWI	Sozialdienste bzw Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Slg	Sammlung
stRsp	ständige Rechtsprechung
T	Tribunal (Rechtssache des EuG)
ua	unter anderem
UAbs	Unterabsatz
uU	unter Umständen
va	vor allem
verb	verbundene
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
wrp	Zeitschrift für Wettbewerb in Recht und Praxis
zB	zum Beispiel
zit	zitiert
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
zT	zum Teil

I. Einleitung

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – kurz DAWI – sind ein wichtiger Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells. Sie tragen zum sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalt sowie zur Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union bei. Da die Erbringung solcher Dienstleistungen jedoch oftmals wirtschaftlich nicht rentabel ist und dadurch eine zuverlässige und flächendeckende Versorgung nicht immer gewährleistet werden kann, muss hier der Staat unterstützend eingreifen. Um Wettbewerbsverzerrungen und Handelsbeeinträchtigungen zu verhindern, müssen staatliche Beihilfen für DAWI jedoch in einem geregelten Rahmen stattfinden.

Nach der Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Altmark-Trans* aus dem Jahre 2003, in dem der Gerichtshof Kriterien dafür aufstellte, wann eine Ausgleichsleistung keine staatliche Beihilfe nach Art 107 Abs 1 AEUV darstellt, nahm die Europäische Kommission 2005 das sog „*Monti-Kroes*“-Paket an. Dieses Paket sollte für mehr Rechtssicherheit bei den Anwendern der Beihilferegeln auf DAWI sorgen. Drei Jahre nach seinem Inkrafttreten regte die Kommission einen umfangreichen Konsultationsprozess an und unterzog das Beihilfen-Paket einer kritischen Überprüfung. Am 20.12.2011 bzw am 25.04.2012 nahm die Kommission schließlich die vier zT neuen, zT überarbeiteten Instrumente des neuen Beihilfen-Pakets, das sog „*Almunia*“-Paket, an. Ziel der neuen Bestimmungen ist es, für mehr Klarheit hinsichtlich der Schlüsselkonzepte von DAWI zu sorgen und einen diversifizierteren und verhältnismäßigeren Ansatz bei den verschiedenen Dienstleistungen zu verfolgen.

Die neuen DAWI-Beihilferegeln sind Thema der vorliegenden Arbeit. Die einzelnen Instrumente des „*Almunia*“-Pakets werden im Folgenden genauer betrachtet und die Unterschiede zum Vorgängerpaket herausgearbeitet. Doch bevor eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Regelungen erfolgt, ist zunächst eine Definition der relevanten Begriffe (Kapitel II) sowie ein kurzer Überblick über die Entwicklung der Daseinsvorsorge in Europa angebracht (Kapitel III). Anschließend werden in Kapitel IV die Freistellungen vom Beihilfenverbot behandelt: Nach einer Darstellung der Daseinsvorsorgeregulungen im Vertrag von Lissabon wird näher auf das bereits erwähnte *Altmark-Trans*-Urteil eingegangen und der weitere Weg zum „*Monti-Kroes*“- und zum „*Almunia*“-Paket kurz dargestellt. Es folgen schließlich die Ausführungen zu den vier Beihilfeinstrumenten unter Berücksichtigung der Vorgängerregelungen sowie eine Darstellung der wesentlichen Unterschiede und ein zusammenfassendes Prüfungsschema (Kapitel V).

II. Begriffsbestimmung

Sowohl der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) als auch der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) werden zwar in Art 14 und Art 106 Abs 2 AEUV, im Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse sowie in Art 36 GRC erwähnt, dort aber nicht definiert, was zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit führt. Im Zuge des Konsultationsprozesses zur Überprüfung der Beihilfavorschriften für DAWI regten einige Mitgliedstaaten und Interessenvertreter an, diesen Terminus näher zu erläutern.¹ Diesem Wunsch kam die Kommission mit dem Hinweis nach, dass sie bei der Definition von DAWI an das EU-Primärrecht und die Rechtsprechung des Gerichtshofs gebunden sei und es sich außerdem um einen sich stetig ändernden Begriff handle.²

Um in der weiteren Arbeit Missverständnisse und Unklarheiten zu vermeiden, werden die Begriffe DAI, DAWI und SDAI im Folgenden kurz erläutert.

1. DAI – Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Die unterschiedliche Verwendung des Begriffs der Dienste in Art 14 AEUV bzw im Protokoll Nr 26 und dem der Dienstleistungen in Art 106 Abs 2 AEUV bzw in Art 36 GRC ist nicht auf eine inhaltliche Differenzierung zurückzuführen, sondern auf eine sprachliche Eigenart der deutschen Sprachfassung.³

DAI umfassen sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Dienstleistungen, denen die Behörden der Mitgliedstaaten ein allgemeines Interesse zuerkennen und die mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind. Auf Letztere sind die Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des AEUV nicht anzuwenden.⁴

¹ Mitteilung der Kommission, Reform der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg, 8 f; Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC(2011) 397, 41 f. Näheres zum Konsultationsprozess siehe Kapitel IV.4.

² Mitteilung der Kommission, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg, 3.

³ So heißt es in der englischen Fassung an diesen Stellen jeweils *services of general interest*, in der französischen *services d'intérêt général* und in der italienischen *servizi di interesse generale*. S hierzu *König/Paul*, Art 14 AEUV, in Streinz (Hg), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union² (München 2012) Rn 27 und Fn 65 und *Jung*, Art 14 AEUV, in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta⁴ (München 2011) Rn 12.

⁴ Siehe zuletzt Mitteilung der Kommission, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg, 3 f.

2. DAWI – Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von den Mitgliedstaaten mit einer besonderen Gemeinwohlverpflichtung verknüpft werden. Die Dienstleistungserbringer werden in einem speziellen Akt mit dieser Aufgabe betraut. Dieser soll die Erbringung der DAWI auch dann sicherstellen, wenn der Markt hierfür nicht genügend Anreize bietet.⁵ Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass dann von DAWI gesprochen werden kann, wenn an der Tätigkeit „ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet“⁶.

3. SDAI – Sozialdienste bzw Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Wie schon bei den DAI, findet sich auch bei den SDAI keine Legaldefinition. Darüber hinaus wird der Terminus in der wissenschaftlichen Literatur unterschiedlich verwendet, weshalb an dieser Stelle eine Erläuterung angebracht ist.⁷

Unter SDAI versteht die Kommission zum einen gesetzliche und ergänzende Systeme der sozialen Sicherung, die vor grundlegenden Risiken des Lebens schützen sollen und zum anderen Leistungen, die den Einzelpersonen zukommen und der Prävention, der Integration und der Wahrung der Grundrechte dienen. Hierzu zählen Berufsbildung, Bereitstellen von Sozialwohnungen, Pflegeleistungen oder Hilfsprogramme in Krisensituationen wie Arbeitslosigkeit und Überschuldung.⁸

SDAI ist ein Oberbegriff und umfasst sowohl Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem wie nichtwirtschaftlichem Interesse. Die Beihilfavorschriften sind nur dann auf Sozialdienstleistungen anzuwenden, wenn es sich um SDAWI handelt.⁹

⁵ Siehe anstelle von vielen Leitfragen zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endg, 17.

⁶ EuGH 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg 1991, I-5889, Rn 27; EuGH 17.07.1997, Rs C-242/95, *GT-Link*, Slg 1997, I-4449, Rn 53; EuGH 18.06.1998, Rs C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, Slg 1998, I-3949, Rn 45.

⁷ *Eilmansberger/Herzig*, Studie im Auftrag des BM für Soziales und Konsumentenschutz zum Thema Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Social services of general interest (SSGI) (Salzburg 2008) 5, http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/5/4/1/CH2247/CMS_1229091777409/ssgistudie-summary-endg_mit_logo_bmask.pdf (24.09.2012).

⁸ Mitteilung der Kommission, Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon. Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endg, 4.

⁹ *Scholz*, Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – der beihilferechtliche Rahmen nach dem neuen „DAWI-Paket“ der Europäischen Kommission, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht Jahrbuch 2012 (Wien/Graz 2012) 479 (502); *Blanck-Putz*, Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie, in Eilmansber-

III. Daseinsvorsorge in Europa bis zum Vertrag von Lissabon

Auch wenn die Daseinsvorsorge in den Rechtsordnungen der europäischen Mitgliedstaaten aufgrund unterschiedlicher historischer und sozio-ökonomischer Entwicklung eine eigene Definition und Regelung erfahren haben, wurde doch stets deren Besonderheit durch spezielle Vorschriften in den Ländern hervorgehoben. Im 20. Jahrhundert herrschte zum Großteil Einigkeit unter den Staaten in Bezug auf die Anerkennung von Dienstleistungen als DAI in den Bereichen Ver- und Entsorgung, Telekommunikation, Post, öffentlicher Personennahverkehr sowie Bildung, Gesundheit und Soziales.¹⁰ Heute spielt die Daseinsvorsorge in der europäischen Politik eine zentrale Rolle. Die Kommission spricht diesbezüglich von einem „Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells“¹¹, das in Hinblick auf die wirtschaftliche Entwicklung und die soziale und territoriale Solidarität von fundamentaler Bedeutung ist.¹²

Trotz des hohen Stellenwertes, den die Daseinsvorsorge innerhalb Europas einnimmt, ergeben sich auf europäischer Ebene zwei Problemkreise: Zum einen stellt sich die Frage, in wessen Kompetenzbereich die Regelung der Daseinsvorsorge fällt – in den der Union oder in den der Mitgliedstaaten. Zum anderen muss geklärt werden, welche marktpolitischen Grundsätze auf die Erbringung von DAWI anzuwenden sind – soll das Prinzip der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wie es in Art 4 Abs 1 EGV verankert war, auf DAWI Geltung finden oder soll hiervon eine Ausnahme gemacht werden, die das Eingreifen des Staates erlaubt, wenn an der Dienstleistung ein allgemeines Interesse besteht?¹³

Schon in den Römischen Verträgen von 1957 wurde in Art 90 Abs 2 EWG-Vertrag die Unterordnung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter die Wettbewerbsregeln und die Grundfreiheiten des Vertrages festgelegt, außer dadurch würde die Erbringung der DAWI rechtlich oder tatsächlich verhindert werden.

Bis Ende der 1980er Jahre war herrschende Meinung, dass die Erfüllung der besonderen Gemeinwohlverpflichtung bei der Erbringung von DAWI nur in der Organisationsform von

ger/Herzig (Hg), Soziales Europa. Beiträge zum 8. Österreichischen Europarechtstag 2008 (Wien 2009) 219 (221).

¹⁰ *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (Berlin/Heidelberg 2011) 3 und 74 ff.

¹¹ Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 1996 C 281/3, 4.

¹² Vgl etwa Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Reform der EU-Beihilfenvorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg, 2.

¹³ *Krajewski*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Vertrag von Lissabon, ZögU 2010, Heft 2, Abschnitt II, <http://www.zoegu.nomos.de/?id=1588> (19.10.2012).

öffentlichen Unternehmen gewährleistet werden könne und damit nicht den Marktregeln des EWG-Vertrages unterliege. Als Rechtfertigung wurde Art 222 EWGV herangezogen, wonach die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten durch den Vertrag unberührt bleiben. Für die Kompetenzverteilung bedeutete dies zwar eine grundsätzliche Zuständigkeit der Union zur Regelung von DAWI, aber aufgrund von Art 90 Abs 2 und Art 222 EGWV verblieb sie de facto im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten.¹⁴

Der Liberalisierungsprozess, der Ende der 1980er Jahr einsetzte, zielte auf eine Öffnung der Märkte ab, um dort freien Wettbewerb zu ermöglichen. Neben eine wettbewerbsfreundliche Rechtsprechung des EuGH zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse trat 1988 die Liberalisierung des Telekommunikationssektors. Diese Politik änderte sich Mitte der 90er, als das Solidaritätsprinzip in der EU-Politik Einzug hielt.¹⁵ Die Rechtsprechung des EuGH ist ab diesem Zeitpunkt gekennzeichnet von einer weiten Auslegung des Art 86 Abs 2 EGV. So stellte er fest, dass die eben genannte Ausnahmebestimmung bereits dann greift, wenn die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung gefährdet wäre und nicht erst, wenn die Existenz des Unternehmens bedroht ist.¹⁶

Auch die Verträge von Maastricht (1992) und Amsterdam (1997) kündten von dieser neuen Auffassung. Verfolgten die Römischen Verträge von 1957 fast ausschließlich wirtschaftliche Ziele, so wurden jetzt vermehrt auch soziale und ökologische Ziele, wie bspw „wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt“, „Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ oder „ein hohes Maß an sozialem Schutz“ in den Vertrag aufgenommen.¹⁷ Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfuhren eine Stärkung durch den neu hinzugekommenen Art 16 EGV, wonach „die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge [tragen], dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“. Der Stellenwert, der dieser Bestimmung zukommen sollte, blieb allerdings offen und der Artikel war daher für die Rechtsprechung und für die Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften auf DAWI von keiner Relevanz; ihm kam lediglich symbolischer Charakter zu.¹⁸

¹⁴ *Damjanovic*, Die Marktregeln der EG – Regelungsinstrumente der mitgliedstaatlichen Wohlfahrtssysteme?, in Eilmansberger/Herzig (Hg), Europa 197 (201 ff) und *Damjanovic/De Witte*, Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty, EUI Working Paper 2008/34, 5 f.

¹⁵ *Krajewski*, Grundstrukturen 545 f.

¹⁶ EuGH 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg 1997, I-5699, Rn 52; EuGH 21.09.1999, verb Rs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg 1999, I-6025, Rn 107.

¹⁷ *Basedow*, Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?, EuZW 2008, 225 (225).

¹⁸ *Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725 (727 f).

Auch Art 36 GRC über den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse aus dem Jahr 2000 kam bis zum Vertrag von Lissabon nur der Charakter eines politischen Statements zu, da die Grundrechtecharta bis dahin rechtlich unverbindlich war.¹⁹

Die eben aufgezeigte zunehmende Bedeutung der Daseinsvorsorge in der europäischen Politik schlägt sich auch in der Anzahl der Dokumente nieder, die die Kommission seit ihrer ersten Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von 1996 erlassen hat. Zudem kann anhand der Dokumente die Entwicklung und der Bedeutungswandel der Daseinsvorsorge in der europäischen Politik nachvollzogen werden:

Chronologie der relevantesten Maßnahmen und Veröffentlichungen der Europäischen Kommission im Bereich der Daseinsvorsorge (ohne sektorspezifische Regelungen):

- Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 1996 C 281/3.

In der Mitteilung wird das System der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft betont: Kernelement ist eine grundsätzlich freie Marktwirtschaft, allerdings mit interventionistischen Elementen. Die Kommission unterstreicht die Freiheit der Mitgliedstaaten, für die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge zu sorgen und die Subsidiarität der EG, wodurch nationale Eigenheiten beibehalten werden können. Außerdem regt die Kommission an, einen Satz in den Vertrag einzufügen, der die Förderung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als ein Ziel der EG zum Ausdruck bringt.

- Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17/4.

Es handelt sich hier um eine Aktualisierung der Mitteilung aus dem Jahr 1996. Sie soll für mehr Rechtssicherheit und einen gemeinschaftlichen Rahmen für die Erbringung von DAI sorgen. Ausdrücklich angeführt werden soziale Dienstleistungen, die damit erstmals als Teil der DAI genannt werden.

- Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(2001) 598 endg.

Die Kommission kündigt an, zur Erhöhung der Rechtssicherheit einen gemeinschaftlichen Rahmen für die staatliche Unterstützung im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge zu erarbeiten.

¹⁹ Ebd 728.

- Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endg.

Dieses Grünbuch²⁰ dient als Grundlage für die Diskussion über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, insb über die Bestimmung des Begriffs, deren Organisation, Finanzierung und Evaluierung.

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

Das Weißbuch²¹ baut auf dem vorangegangenen Grünbuch sowie die darauf folgende Debatte auf und beinhaltet die Ergebnisse der Kommission.

- „Monti-Kroes“-Paket:²²
 - 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, ABI 2005 L 312/67;
 - Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4;
 - Novellierung der Transparenzrichtlinie, RL 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI 2006 L 318/17.
- Mitteilung der Kommission, Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon. Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endg.

²⁰ Grünbücher werden von der Europäischen Kommission zu bestimmten Problemen oder Angelegenheiten veröffentlicht und dienen als Grundlage für eine öffentliche Debatte.

²¹ Weißbücher werden von der Europäischen Kommission zu bestimmten Themen veröffentlicht. Im Gegensatz zu Grünbüchern, auf die sie aufbauen können, enthalten Weißbücher bereits konkrete Vorschläge für das weitere Vorgehen der EU.

²² Näheres siehe Kapitel IV.3.

In dieser Mitteilung werden die vorläufigen Ergebnisse des offenen Konsultationsprozesses präsentiert. Außerdem soll die Mitteilung dazu dienen, den Begriff der Sozialdienstleistungen schärfer zu umreißen, um dadurch zu spezifischeren Regelungen für SDAI zu gelangen.

- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725 endg.

Die Mitteilung behandelt verschiedene Aspekte. Zum einen werden die Fortschritte aufgezeigt, die im Bereich der Leistungen der Daseinsvorsorge seit dem Weißbuch 2004 erzielt wurden. Zum anderen werden die einschlägigen Bestimmungen für DAI im neuen Lissabonner Vertrag untersucht. Außerdem wird explizit Bezug genommen auf die im Jahr 2006 eingeleitete Anhörung bezüglich SDAI.

- 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“, SEK(2007) 1516 endg.

Dieses Arbeitspapier dient der Klärung von Fragen, die bei der Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften auf DAI und SDAI aufgetaucht sind. Es ist für die Kommission rechtlich nicht bindend.

- Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über Staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endg.

Bei diesem Arbeitspapier handelt es sich um eine Aktualisierung des vorherigen Dokuments, in das die Fragen, welche die Anwender der Beihilfevorschriften der

Kommission insb über den interaktiven Informationsdienst²³ gestellt haben, eingearbeitet wurden.

- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg.

Im Zuge der bevorstehenden Überprüfung des „Monti-Kroes“-Pakets möchte die Kommission mit dieser Mitteilung eine politische Diskussion zur Reform der EU-Beihilferegeln über DAWI anregen.

- Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfevorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultationen, SEC(2011) 397.

Wesentlicher Inhalt dieses Arbeitspapiers ist eine kurze Wiedergabe der Rechtsvorschriften für DAWI sowie deren Anwendung in den einzelnen Sektoren seit 2005. Darüber hinaus werden die Ergebnisse des Konsultationsprozesses bezüglich des DAWI-Pakets 2005 angeführt.

- Commission Staff Working Paper – Impact Assessment, Reform of the EU rules applicable to State aid in the form of public service compensation, SEC(2011) 1581 final.

In diesem Papier werden die verschiedenen Optionen für eine Reform des Beihilfepakets von 2005 angeführt.

- Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Begleitunterlage zur Reform der EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, SEK(2011) 1582 endg.

Dieses Arbeitsdokument fasst das vorangegangene Arbeitspapier nochmals zusammen.

²³ Bei dem interaktiven Informationsdienst handelt es sich um ein Internetportal, das im Januar 2008 von der Kommission zur Beantwortung von Fragen über die Anwendung des europäischen Rechts auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse etabliert wurde: http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_de.htm (30.07.2012).

- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg.

Im Zuge der Veröffentlichung des überarbeiteten DAWI-Beihilfepakets wurde von der Kommission auch ein Qualitätsrahmen erlassen, in dem alle bisherigen sowie beabsichtigten Maßnahmen, die im Rahmen der Erbringung von DAWI ergriffen wurden bzw werden, aufgeführt sind. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die soziale Komponente, die im AEUV zutage tritt, auch in Zukunft weiter berücksichtigt wird.

- „Almunia“-Paket:²⁴
 - Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI 2012 C 8/4;
 - Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABI 2012 L 7/3;
 - Mitteilung der Kommission, Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABI 2012 C 8/15;
 - VO (EU) Nr 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABI 2012 L 114/8.

²⁴ Näheres s Kapitel V.

IV. Freistellung vom Beihilfenverbot für DAWI

Grundsätzlich sehen die Rechtsvorschriften der Europäischen Union ein Verbot für die Gewährung von staatlichen Beihilfen vor, wenn der Markt hiervon betroffen ist bzw sein könnte (Art 107 Abs 1 AEUV). Da dieses Verbot nicht immer zweckmäßig ist – so sind hiervon zB auch Beihilfen von rein lokaler Natur betroffen – sieht Art 106 Abs 2 AEUV eine Ausnahme vom Beihilfenverbot für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vor, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Im Folgenden werden die für DAWI relevanten primärrechtlichen Vorschriften sowie die konkretisierenden Rechtsakte zur Ausnahme vom Beihilfenverbot bzw zur Notifizierungspflicht kurz dargestellt.

1. DAWI im Vertrag von Lissabon

Der Reformvertrag von Lissabon bzw der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der am 01. Dezember 2009 in Kraft trat, hatte keine grundlegende Änderung der Wirtschafts- und Sozialverfassung der Europäischen Union im Sinn, sondern eine Reform des institutionellen Rechts.²⁵ Der Binnenmarkt und der Grundsatz einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ sollten beibehalten werden. Zwar wurde dieser Grundsatz, wie er bis dato in Art 4 Abs 1 EGV verankert war, durch das Ziel einer „im hohen Maße wettbewerbsfähigen, sozialen Marktwirtschaft“ in Art 3 Abs 3 Satz 2 EUVn ersetzt, jedoch nicht in Art 119 AEUV, der Bestimmungen über die Wirtschafts- und Währungspolitik enthält. Allerdings waren die Vertragsparteien sich in dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb darin einig, dass das Konzept des Binnenmarktes, wie es in Art 3 AEUV genannt wird, einen unverfälschten Wettbewerb impliziert.

Trotz des eben Dargestellten lässt sich kein grundlegender Wandel der Prinzipien des Unionsrechts erkennen. Daher werden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach wie vor im freien Wettbewerb erbracht, außer es greift eine Ausnahmebestimmung.²⁶

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse haben durch den AEUV einige Änderungen erfahren. Zunächst wurde durch das Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse und durch Art 36 GRC über den Zugang zu DAWI der Wert, den DAWI innerhalb der EU einnehmen, hervorgehoben. Jedoch wurden die Regeln des Wettbewerb- und Beihilfenrechts nicht verändert. Damit bleibt zwar grundsätzlich das Re-

²⁵ *Krajewski*, ZögU 2010, Abschnitt III.

²⁶ *Krajewski*, Grundstrukturen 156 f.

gel-Ausnahmekonzept für DAWI erhalten, wird allerdings laut *Krajewski* durch die neuen Vorschriften abgeschwächt.²⁷

Bezüglich der Kompetenzverteilung ist der neu hinzugefügte Satz 2 des Art 14 AEUV über DAWI zu nennen, der dem europäischen Parlament und dem Rat die Kompetenz zur Erlassung von Rahmenverordnungen einräumt. Dadurch sind interne Spannungen mit der Kommission vorprogrammiert, da diese die Kompetenz zur Erlassung von geeigneten Richtlinien oder Beschlüssen besitzt (Art 106 Abs 3 AEUV).

An einigen Stellen der EU-Rechtsvorschriften, va im Protokoll Nr 26, wird aber auch die Kompetenz der Mitgliedstaaten im Bereich der Definition, Organisation, Regelung und Finanzierung von DAWI sowie deren Zuständigkeit, nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren, betont. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten wird dadurch zwar nicht geändert, allerdings kann dies als Statement der Mitgliedstaaten angesehen werden, einen weiteren Kompetenzverlust nicht hinnehmen zu wollen.²⁸

Im Folgenden werden die einzelnen primärrechtlichen Vorschriften, die sich auf DAWI beziehen, näher erläutert.

a) Art 107 Abs 1 AEUV [Beihilfenverbot]

Nach Art 107 Abs 1 AEUV sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, [...] die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Grundsätzlich finden nach Art 106 Abs 2 AEUV die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbs- und Beihilferegeln, auf Unternehmen, die mit DAWI betraut sind, Anwendung. Soll nun zulasten der Wettbewerbsvorschriften vom Beihilfenverbot abgewichen werden, findet eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Kommission und der Gerichte statt. Hier wird geprüft, ob der Ausgleich über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten, die mit der Erfüllung der Sonderaufgabe verbunden sind, decken zu können (Nettomehrkosten-Prinzip).²⁹ Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Altmark-Trans* vom 12.02.2003³⁰ fehlt es aber bereits dann an einem EU-Beihilfentatbestand nach Art 107 Abs 1 AEUV und damit am Merkmal der Begünstigung, wenn das Unternehmen in einem Verfahren im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ermittelt wurde und dadurch gewährleistet wird, dass die Dienstleistung zu den für die Allgemeinheit gerings-

²⁷ *Krajewski*, ZögU 2010, Abschnitt VI.

²⁸ Ebd.

²⁹ *Kühling*, Art 107 AEUV, in Streinz (Hg), EUV/AEUV Rn 1-55 und 102-135 (Rn 14).

³⁰ EuGH 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg 2003, I-7447, Rn 93.

ten Kosten erbracht wird. Werden die *Altmark*-Kriterien nicht erfüllt, so findet eine Prüfung nach Art 106 Abs 2 AEUV statt. Letzterer stellt damit eine Ausnahmegvorschrift zu Art 107 Abs 1 AEUV dar.³¹ Liegt der Tatbestand einer Beihilfe vor, findet Art 107 Abs 1 AEUV Anwendung und die Beihilfen müssen bei der Kommission nach Art 108 Abs 3 AEUV angemeldet werden, außer Sonderbestimmungen lassen eine Abweichung von der Notifizierungspflicht zu.³²

Konkretisiert wurde Art 107 Abs 1 und Art 108 Abs 3 AEUV zunächst durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Altmark-Trans* vom 24.07.2003 und später durch den Gemeinschaftsrahmen der Kommission von 2005 bzw durch den Rahmen und die Mitteilung von 2011.³³

b) Art 106 Abs 2 AEUV [Ausnahmegvorschrift für DAWI]

Art 106 Abs 2 AEUV stellt eine sachgebietsübergreifende Ausnahmebestimmung dar. Sie findet erst dann Anwendung, wenn die sachgebietspezifischen Ausnahmegvorschriften, insbesondere Art 36, Art 51, Art 52, Art 101 Abs 3 und Art 107 Abs 2 und 3 AEUV, nicht greifen. Kommt Art 106 Abs 2 AEUV hingegen zum Tragen, hat dies ein Abgehen vom Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs zugunsten gemeinwohlorientierter Zwecke zufolge.³⁴ Nach dieser Vorschrift privilegiert sind „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“. Nun muss zweierlei geprüft werden: Erstens, ob es sich um eine DAWI handelt und zweitens, ob ein ordnungsgemäßer Betrauungsakt vorliegt. Dasselbe gilt für Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben. Die Ausnahme greift, wenn darüber hinaus zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Zum einen muss durch die Anwendung der primärrechtlichen Bestimmungen die Erfüllung der Sonderaufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert werden und zum anderen darf der Handel nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden.³⁵

Laut Kommission liegen der Ausnahmegvorschrift drei Grundsätze zugrunde:³⁶

1. Neutralität hinsichtlich der Unternehmensorganisation (s Art 345 AEUV).
2. Gestaltungsfreiheit, dh die Mitgliedstaaten besitzen bei der Definition und Regelung von DAWI einen weiten Ermessensspielraum und die Kommission muss ihre

³¹ EuG 27.02.1997, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229, Rn 172 und 199; bestätigt durch EuGH 25.03.1998, Rs C-174/97 P, *FFSA*, Slg 1998, I-1303; EuG 10.05.2000, Rs T-46/97, *SIC*, Slg 2000, II-1303, Rn 84; *Kühling*, Art 107 AEUV Rn 14 f.

³² *Kühling*, Art 107 AEUV Rn 15.

³³ Siehe hierzu die Kapitel IV.2 (*Altmark*-Entscheidung), IV.3 (GR 2005), V.3 (DAWI-Rahmen 2011) und V.1 (DAWI-Mitteilung 2011).

³⁴ *Koenig/Paul*, Art 106 AEUV, in Streinz (Hg), EUV/AEUV Rn 36-101 (Rn 39 und 41).

³⁵ Ebd Rn 40.

³⁶ Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17/4, Rn 20-23.

Kontrolle auf offenkundige Fehler beschränken. Allerdings muss der Gemeinwohl-auftrag klar definiert sein und ein Betrauungsakt vorliegen.

3. Verhältnismäßigkeit bezüglich der Ausnahme vom Beihilfenverbot und der Handelsbeeinträchtigung.

Diese Grundsätze würden laut *Kommission* eine situationsgerechte Vorgehensweise erlauben, sowohl in Hinblick auf die Interessen der Mitgliedstaaten, als auch in Bezug auf sektorspezifischen Gegebenheiten.³⁷

c) Art 14 AEUV [Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse]

Art 14 AEUV (ex-Art 16 EGV) wurde nach langem Ringen 1997 in den Vertrag von Amsterdam aufgenommen. Der Vertrag von Lissabon übernahm den Artikel, ergänzte ihn allerdings durch die Einfügung eines zweiten Satzes. Aber auch der erste Satz wurde leicht verändert.

Satz 1 wurde ergänzt durch die Nennung von Art 4 EUVn neben den Artikeln 93, 106 und 107 AEUV in der Liste der unbeschadet geltenden Bestimmungen. Es geht hier um die Frage, ob die Unionsorgane oder die Mitgliedstaaten die Kompetenz besitzen, DAWI zu definieren.³⁸ Das Gericht erster Instanz hat zuletzt in seinem Urteil in der Rechtssache *BUPA* vom 12.02.2008³⁹ den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition von DAWI bestätigt und die Befugnis der Kommission auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt. Außerdem nimmt es in diesem Zusammenhang Bezug auf Art 5 EUVn (ex-Art 5 EGV) und weist darauf hin, dass die Union nur nach dem Grundsatz der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit innerhalb der ihr durch die Mitgliedstaaten zugewiesenen Befugnisse und Ziele tätig werden könne.⁴⁰

Der Verweis in Art 4 EUVn auf Art 5 EUVn könnte laut *Koenig/Paul* als ein Eingehen der Rechtsprechung in die Verträge interpretiert werden, wofür auch das Protokoll Nr 26 über Dienst von allgemeinem Interesse sprechen würde, das den weiten Ermessensspielraum der mitgliedstaatlichen Behörden in Bezug auf DAWI betont.⁴¹

Das Einfügen eines zweiten Satzes hat zu einer Kompetenz des Europäischen Parlaments und des Rates geführt, Grundsätze und Bedingungen der Erbringung von DAWI in Verordnungen festzulegen. Dies gilt allerdings nur für diejenigen Prinzipien, für welche die Union die Regelungskompetenz besitzt. Weiter eingeschränkt wird die Kompetenz durch

³⁷ Ebd Rn 24.

³⁸ *Koenig/Paul*, Art 14 AEUV Rn 1-4.

³⁹ EuG 12.02.2008, Rs T-289/03, *BUPA*, Slg 2008, II-81, Rn 165-167.

⁴⁰ S hierzu auch *Koenig/Paul*, Art 14 AEUV Rn 4.

⁴¹ Ebd.

die Formulierung „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“.⁴²

Fazit: Durch Art 14 AEUV wird von dem Prinzip des freien Wettbewerbs nicht abgegangen, allerdings hat die Ausnahmebestimmung für DAWI nach wie vor Gültigkeit. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung in der Rechtsprechung des EuGH und EuG ist bisher eher gering. Der Artikel unterstützt zumeist lediglich die Bedeutung von DAWI in Fällen, in denen Art 106 Abs 2 AEUV Anwendung findet.⁴³

Es bleibt auch fraglich, inwiefern die Verordnungskompetenz des zweiten Satzes genutzt wird bzw erwünscht ist. Die Kommission hat im Qualitätsrahmen vom 20.12.2011⁴⁴ die Notwendigkeit von Rahmenverordnungen nach Art 14 AEUV verneint. Auch die Mitgliedstaaten und Interessenvertreter hätten sich im bisherigen Konsultationsprozess, so die Kommission, eher negativ dazu geäußert. Vielmehr seien sektorspezifische Lösungen vorzuziehen.⁴⁵

d) Art 36 GRC [Zugang zu DAWI]

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die zunächst rechtlich unverbindliche Grundrechtecharta in den Rang der Verträge erhoben (Art 6 Abs 1 EUVn). Um die Bedenken einer Kompetenzverschiebung weg von den Mitgliedstaaten und hin zu den Organen der EU zu zerstreuen, wird in Art 6 Abs 1 EUVn und Art 51 Abs 2 GRC ausdrücklich festgehalten, dass durch die Bestimmungen der Grundrechtecharta der Kompetenzbereich der Union „in keiner Weise erweitert“ wird.⁴⁶

Durch Art 36 GRC wird die Union dazu verpflichtet, „den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist“, anzuerkennen und zu achten. Dh das Recht auf Zugang zu DAWI hängt von den mitgliedstaatlichen Regelungen ab und die Unionsorgane haben sich einer Einflussnahme auf diese Zugangsbedingungen zu enthalten.⁴⁷ Das hat jedoch kein generelles Verbot für künftige Liberali-

⁴² *Krajewski*, ZögU 2010, Abschnitt IV.

⁴³ *Koenig/Paul*, Art 14 AEUV Rn 18 und 21.

⁴⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg, 5.

⁴⁵ S dazu auch die Ausführungen zum Protokoll Nr 26.

⁴⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁸ (Tübingen 2012) 300 f.

⁴⁷ *Frenz*, Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon. Daseinsvorsorge, Wettbewerb, Grundfreiheiten, wrp, Heft 2008/01, Abschnitt IV.6.a, http://www.wiso-net.de/webcgi?START=A20&T_FORMAT=5&DOKM=978499_ZGEN_0&IV_DOK=1&WID=74642-3080782-63129_3 (03.11.2012).

sierungsmaßnahmen der EU zur Folge, sondern durch diese Maßnahmen darf das Angebot von DAWI lediglich nicht eingeschränkt werden.⁴⁸ Der Artikel kann somit auch als Unionszielbestimmung interpretiert werden, da er, wie schon Art 14 AEUV, den hohen Stellenwert von DAWI innerhalb der EU betont.⁴⁹

Der Grundrechteartikel enthält aber auch eine Berechtigung für den Einzelnen, DAWI in Anspruch zu nehmen, er begründet allerdings kein subjektives Recht auf Erhalt einer solchen Dienstleistung.⁵⁰

Im Ergebnis soll Art 36 GRC die Befugnisse der Union begrenzen. Er bekräftigt die wichtige Rolle der Mitgliedstaaten bei der Regelung von DAWI, die ihnen schon im Protokoll Nr 26 zugewiesen wurde.⁵¹

e) Protokoll Nr 26 [Dienste von allgemeinem Interesse]

Artikel 1 des neu in den Lissabon Vertrag aufgenommenen Protokolls, das nach Art 51 EUV denselben Rang wie die Verträge besitzt, dient der näheren Bestimmung des Begriffs der „gemeinsamen Werte“ des Art 14 AEUV.

Im ersten Spiegelstrich des Art 1 wird der schon des Öfteren erwähnte „weite Ermessensspielraum“ der mitgliedstaatlichen Verwaltungsebenen in Bezug auf die Bereitstellung nutzerspezifischer DAWI genannt. Dieser umfasst die Definition, Organisation, Regelung und Finanzierung von DAWI. Begrenzt wird dieses Ermessen durch die Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts und durch eine Missbrauchskontrolle der Kommission auf offenkundige Fehler.⁵²

Der zweite Spiegelstrich betont die Vielfalt von DAWI, die sich aufgrund der unterschiedlichen Bedürfnisse der Dienstleistungsempfänger ergibt. Es folgt ein Hinweis auf geographische, soziale und kulturelle Unterschiede, die nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, sondern auch innerhalb eines einzelnen Staates vorherrschen können. Das bedeutet, dass eine Dienstleistung von den einen als DAWI qualifiziert werden kann, an-

⁴⁸ *Krajewski*, Grundstrukturen 521.

⁴⁹ Ebd 520 f.

⁵⁰ Ebd 522 ff.

⁵¹ *Knauff*, EuR 2010, 739.

⁵² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725 endg, 11.

dere hingegen sie nicht als solche definieren und sie ohne staatliche Intervention auf dem freien Markt erbracht werden.⁵³

Zuletzt wird „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“ angeführt. Hierbei handelt es sich um Grundsätze, die von allen Mitgliedstaaten anerkannt werden und die auch im Sekundärrecht, etwa bei der Ausgestaltung des Universaldienstes, angewandt werden.⁵⁴

Schließlich wird in Artikel 2 des Protokolls nun primärrechtlich die Kompetenz der Mitgliedstaaten, Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse unabhängig von den Bestimmungen der Verträge zu regeln, festgehalten. Diese Erklärung wäre nicht notwendig gewesen, da sich schon aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung die fehlende Zuständigkeit der Union zur Regelung von DANWI ergibt.⁵⁵

Fazit: Hauptanliegen des Protokolls ist die Interpretation der in Art 14 AEUV genannten gemeinsamen Werte. Auch wenn sich daraus keine unmittelbaren Rechtsfolgen ergeben, müssen diese Prinzipien dennoch bei zukünftigen Maßnahmen der Unionsorgane berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere für die Verordnungskompetenz nach Art 14 AEUV, da diese Norm ausdrücklich im Protokoll genannt ist.⁵⁶ Die Kommission hat bereits in ihrer Mitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“ vom 20.11.2007⁵⁷ das Protokoll ausführlich gewürdigt. Nach Ansicht der Kommission bringt das Protokoll „Klarheit und Sicherheit in das EU-Regelwerk“ und spricht sich daher für die Entwicklung von sektorspezifischen Maßnahmen und damit gegen Rahmenverordnungen nach Art 14 Satz 2 AEUV aus, was diese Bestimmung aus Sicht der Kommission damit überflüssig macht.⁵⁸

⁵³ *Krajewski*, ZögU 2010, Abschnitt V.2.b.

⁵⁴ *Knauff*, EuR 2010, 735.

⁵⁵ *Krajewski*, ZögU 2010, Abschnitt V.3.

⁵⁶ Ebd Abschnitt V.4.

⁵⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725 endg.

⁵⁸ Ebd 3 und 14; *Sauter*, Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law, TILEC Discussion Paper No. 2008-017, 9, <http://ssrn.com/abstract=1136105> (27.10.2012); *Damjanovic/De Witte*, Welfare 29.

2. Die *Altmark*-Entscheidung des EuGH

In der Entscheidung in der Rs *Altmark-Trans* vom 24.07.2003⁵⁹, bestimmte der EuGH, dass öffentliche Zuschüsse nicht unter Art 107 Abs 1 AEUV fallen, wenn sie als „Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden“. Um das Bejahen zu können, stellte der EuGH vier Voraussetzungen auf, bei deren kumulativem Vorliegen es sich um keine staatliche Beihilfe handelt.⁶⁰

1. Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
2. Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
3. 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.
4. Viertens ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, sofern die Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe nicht angewandt wurden und damit nicht derjenige Bewerber mit den für die Allgemeinheit geringsten Kosten ausgewählt wurde, durch Kostenanalyse mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen mit Gemeinwohlverpflichtung zu ermitteln, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

Die Prüfung dieser Voraussetzungen dient der Beantwortung der Frage, ob das Tatbestandmerkmal der Begünstigung nach Art 107 Abs 1 AEUV und damit eine staatliche Beihilfe vorliegt.⁶¹ Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine Ausgleichsleistung den Beihilfetatbestand nicht erfüllt, erübrigt sich die Prüfung, ob eine Ausnahme vom Beihilfenverbot greift. Ist eines oder sind mehrere *Altmark*-Kriterien hingegen nicht erfüllt, stellt sich die Frage, ob die Maßnahme nach Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt werden kann.⁶² Der

⁵⁹ EuGH 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg 2003, I-7447, Rn 95.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ EuG 11.03.2009, Rs T-354/05, *TF1*, Slg 2009, II-471, Rn 130.

⁶² Ebd Rn 135 und *Lechner*, DaseinsvorsorgeE und GR der Kommission – Ein Beitrag zur Rechtssicherheit?, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht Jahrbuch 2008 (Wien/Graz 2008) 245 (247).

EuGH ist damit dem „Ausgleichsansatz“⁶³ gefolgt und hat sich gegen den „Beihilfeansatz“ entschieden, wonach ein finanzieller Ausgleich an Unternehmen, die mit DAWI betraut sind, stets eine Beihilfe nach Art 107 Abs 1 AEUV darstellen würde. Allerdings könnte diese nach der Ausnahmebestimmung des Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt werden.⁶⁴

Den oben genannten Anforderungen gerecht zu werden, erwies sich in der Praxis als problematisch. Vor allem die Erfüllung der vierten Voraussetzung stellt die größte Herausforderung dar, da hier auf einen Vergleich mit der hypothetischen Kostenstruktur eines „durchschnittlichen, gut geführten“ Unternehmens abgestellt wird, die keinesfalls überschritten werden darf.⁶⁵ Damit ist das Unternehmen zu einer effizienten und kostenminimierenden Unternehmensführung angehalten.

Der strenge Effizienzmaßstab wird jedoch nur auf Tatbestandsebene geprüft, dh bei der Frage, ob die fragliche Maßnahme eine Beihilfe nach Art 107 Abs 1 AEUV darstellt. Auf der Rechtfertigungsebene – Art 106 Abs 2 AEUV – verzichtet die Kommission zumeist auf einen Kostenvergleich mit einem vergleichbaren Unternehmen, da solche idR nicht vorhanden sind und legt stattdessen die tatsächliche Kostenstruktur, die nicht notwendigerweise effizient sein muss, ihrer Prüfung zugrunde.⁶⁶

Ob eine Maßnahme nicht unter den Tatbestand einer staatlichen Beihilfe nach Art 107 Abs 1 AEUV fällt oder nach Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt ist, macht insofern einen Unterschied, da in letzterem Fall der Freistellungsbeschluss bzw der DAWI-Rahmen zur Anwendung kommt und die Beihilfe damit ggf notifiziert werden muss und Sanktionen bei Verletzung der Vorschriften zum Tragen kommen.⁶⁷

⁶³ GA *Jacobs*, Schlussanträge 30.04.2002, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769, Rn 94 ff.

⁶⁴ *Lechner*, *Daseinsvorsorge*E 247.

⁶⁵ *Jung/Deuster*, Einfacher, klarer, verhältnismäßiger? Das neue EU-Beihilfenpaket für DAWI, BRZ 2012, 24 (25).

⁶⁶ *Wimmer/Müller*, *Wirtschaftsrecht. International – Europäisch – National*² (Wien 2012) 365 und *Kahl/Müller*, Fünf Jahre nach Altmark – Was blieb von den „Daseinsvorsorge-Kriterien“?, in Jaeger/Haslinger (Hg), *Beihilferecht Jahrbuch 2009* (Wien/Graz 2009) 351 (356 ff).

⁶⁷ *Kahl/Müller*, *Jahre* 358.

3. Das „Monti-Kroes“-Paket

Das „Monti-Kroes“-Paket, auch „Altmark“-Paket, benannt nach dem ehemaligen Wettbewerbskommissar Mario Monti und seiner Nachfolgerin Neeli Kroes, wurde von der Kommission im Juli 2005 als Reaktion auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Altmark-Trans* erlassen, um den Notifizierungsverfahren Herr zu werden und um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.⁶⁸ Die Kommission ging dabei über eine reine Zusammenfassung der ständigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis hinaus und arbeitete weitere Anforderungen aus. Damit nahm sie sowohl ihren Überwachungsauftrag nach Art 106 Abs 3 AEUV (ex-Art 86 Abs 3 EGV) wahr, der die Kommission dazu befugt, geeignete Richtlinien und Entscheidungen (seit dem Lissabon-Vertrag Beschlüsse⁶⁹) an die Mitgliedstaaten zu richten, als auch ihre Gestaltungsaufgabe nach Art 14 AEUV (ex-Art 16 EGV).⁷⁰

Das „Monti-Kroes“-Paket beinhaltet drei Instrumente: Eine FreistellungsE (auch DaseinsvorsorgeE) 2005/842/EG⁷¹, ein Gemeinschaftsrahmen 2005 C 297/04⁷² und eine Änderung der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG⁷³.

- Die Daseinsvorsorgeentscheidung der Kommission regelt, unter welchen Voraussetzungen Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die mit DAWI betraut sind, von der Notifizierungspflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV (ex-Art 88 Abs 3 EGV) ausgenommen sind. Sie gilt nur, wenn diese Unternehmen bestimmte Schwellenwerte nicht überschreiten: ein durchschnittlicher Jahresumsatz von weniger als 100 Mio EUR und eine Ausgleichsleistung von weniger als 30 Mio. EUR jährlich. Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die DAWI erbringen, sind gänzlich von der Anmeldungspflicht befreit. Besonderheiten gibt es auch im Flug- und Seeverkehr.
- Der Gemeinschaftsrahmen legt die Bedingungen fest, unter denen Ausgleichszahlungen, welche eine staatliche Beihilfe darstellen und für die die DaseinsvorsorgeE

⁶⁸ *Svane*, Public service compensation in practice: Commission package on State aid for Services of General Economic Interest, in Competition Policy Newsletter 2005/3, 34 (34).

⁶⁹ Der Beschluss nach Art 288 AEUV ersetzt die Entscheidung nach Art 249 EGV.

⁷⁰ *Frenz*, Handbuch Europarecht III. Beihilfe- und Vergaberecht (Berlin/Heidelberg 2007) Rn 1139-1142.

⁷¹ Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten, mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI 2005 L 312/67.

⁷² Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4.

⁷³ Novellierung der Transparenzrichtlinie, RL 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI 2006 L 318/17.

der Kommission nicht gilt, zwar notifiziert werden müssen, aber für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können.

- Um eine wirksame Wettbewerbskontrolle durch die Kommission zu gewährleisten, schreibt die Transparenz-RL für Unternehmen, die auf der einen Seite mit DAWI betraut sind und hierfür einen finanziellen Ausgleich erhalten, und auf der anderen Seite mit anderen Unternehmen im Wettbewerb stehen, eine getrennte Buchführung vor.

Auch nach Erlass des Beihilfenpakets der Kommission herrschte nach wie vor Unsicherheit bei der Anwendung der Beihilfenvorschriften auf DAWI. Zahlreiche Fragen gingen seither bei der Kommission ein, die diese 2007 und in einer Neuauflage 2010 in einem Arbeitspapier⁷⁴ veröffentlichte.

⁷⁴ 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“, SEK(2007) 1516 und Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über Staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endg.

4. Das „Almunia“-Paket

2010 wurde von der Kommission ein umfangreicher Konsultationsprozess zum „Monti-Kroes“-Paket eingeleitet. Dieser war nötig geworden, da die Kommission nach Art 9 der DAWI-Entscheidung und nach Rn 25 des Gemeinschaftsrahmens eine Folgenabschätzung auf der Grundlage von Berichten, die die Mitgliedstaaten vorlegen müssen, vorzunehmen hat. Außerdem tritt der GR im November 2011, sechs Jahre nach seiner Veröffentlichung im Amtsblatt, außer Kraft.

Die Auswertung der Berichte der Mitgliedstaaten und der Interessenvertreter ergab, dass das Beihilfenpaket grundsätzlich als positiv bewertet wird, es allerdings Verbesserungspotenzial hinsichtlich Klarheit, Einfachheit und Verhältnismäßigkeit der Regelungen gibt.⁷⁵ Die Kommission veröffentlichte hierzu eine Mitteilung und ein Arbeitspapier, in denen sie die Ergebnisse des Konsultationsprozesses wiedergibt.⁷⁶ Demnach bedürfen insbesondere folgende Aspekte einer Klarstellung:⁷⁷

- Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie die Definition des Unternehmens,
- Definition von DAWI,
- Beeinträchtigungspotenzial von Ausgleichzahlungen für lokale DAWI auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten,
- Anforderungen an den Betrauungsakt,
- Erläuterung des vierten *Altmark*-Kriteriums,
- Herstellen eines stärkeren Zusammenhangs zwischen Beihilferecht und Vergaberecht und
- Wechselwirkung zwischen Beihilfenpaket und sektorspezifischen Regelungen.

⁷⁵ Pressemitteilung IP/11/347 der Kommission vom 23.03.2011, Kommission auf dem Weg zur Reform der Beihilfavorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

⁷⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Reform der EU-Beihilfavorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg und Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultationen, SEC(2011) 397.

⁷⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Reform der EU-Beihilfavorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg, 9.

Die Kommission schlägt darüber hinaus einen diversifizierteren und verhältnismäßigeren Ansatz bei der Beihilfenkontrolle vor, um den unterschiedlichen Arten von DAWI gerecht werden zu können.⁷⁸

Rechtsgrundlage für das neue Beihilfenpaket der Kommission ist Art 106 Abs 3 AEUV und nicht Art 14 Satz 2 AEUV, nach dem das Europäische Parlament und der Rat die Kompetenz zur Erlassung von Rahmenverordnungen besäße. Konkret bedeutet dies, dass die Kommission ohne Beteiligung der Mitgliedstaaten entscheiden kann.⁷⁹

Joaquín Almunia, Vizepräsident der Kommission für Wettbewerbspolitik, äußerte sich in einer Stellungnahme zum neuen DAWI-Paket:⁸⁰

„Das neue DAWI-Paket bietet den Mitgliedstaaten einen einfacheren, klareren und flexibleren Rahmen, um die Erbringung qualitativ hochwertiger öffentlicher Dienstleistungen, die angesichts der derzeitigen Krisenzeiten für die Bürger noch wichtiger geworden sind, zu fördern. Die Kommission muss natürlich gewährleisten, dass mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraute Unternehmen nicht überkompensiert werden. Dadurch werden Wettbewerb und Arbeitsplätze erhalten, und es wird eine effiziente Nutzung knapper öffentlicher Mittel gewährleistet.“

Die Antwort auf die Frage, ob diese Absichten durch das neue DAWI-Paket erfüllt werden konnten, ist Inhalt des nachfolgenden Kapitels. Hierzu werden die vier Instrumente genauer untersucht und Vergleiche zur Vorgängerregelung gezogen.

⁷⁸ Pressemitteilung IP/11/347 der Kommission vom 23.03.2011, Kommission auf dem Weg zur Reform der Beihilfenvorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

⁷⁹ Kritisch dazu *Hirsbrunner/Litzenberger*, Ein bisschen Almunia im Monti-Kroes-Paket? Die Reform der beihilferechtlichen Vorschriften betreffend Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, *EuZW* (2011) 742 (744 f).

⁸⁰ *Joaquín Almunia*, zit in Pressemitteilung IP/11/1571 der Kommission vom 20.12.2011, Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt neue Regeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) an.

V. Die vier Instrumente des „Almunia“-Pakets

Das „Almunia“-Paket beinhaltet vier Instrumente: eine neue DAWI-Mitteilung⁸¹, einen Freistellungsbeschluss⁸², einen geänderten DAWI-Rahmen⁸³ und eine De-minimis-VO für DAWI⁸⁴. Die ersten drei Instrumente wurden am 20.12.2011 angenommen und am 11.01.2012 im Amtsblatt veröffentlicht. Der Rahmen und der Beschluss traten am 31.01.2012 in Kraft.⁸⁵ Die VO wurde am 26.04.2012 im Amtsblatt veröffentlicht und trat drei Tage später in Kraft.⁸⁶

Die vier Instrumente verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen:

- Anliegen der DAWI-Mitteilung ist es, Klarheit in Bezug auf die „Schlüsselkonzepte“⁸⁷ von Ausgleichsleistungen für DAWI zu schaffen.
- Im DAWI-Beschluss werden die Bedingungen erläutert, nach denen Beihilfen für Unternehmen, die DAWI erbringen, nach Art 106 Abs 2 AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können und von der Notifizierungspflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV ausgenommen sind.
- Beihilfen, die nicht unter den Beschluss fallen, müssen notifiziert werden, können aber unter bestimmten Umständen dennoch als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden. Die genaueren Voraussetzungen regelt der überarbeitete DAWI-Rahmen.
- Die De-minimis-VO dient der Vereinfachung der Beihilfenregelungen. Sie setzt die Voraussetzungen fest, unter denen Ausgleichszahlungen für DAWI nicht den Tatbestand der Beihilfe nach Art 107 AEUV erfüllen.

⁸¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI 2012 C 8/4.

⁸² Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABI 2012 L 7/3.

⁸³ Mitteilung der Kommission, Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABI 2012 C 8/15.

⁸⁴ Verordnung (EU) Nr 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABI 2012 L 114/8.

⁸⁵ DAWI-Rahmen Rn 68 f und DAWI-Beschluss Art 10.

⁸⁶ Art 5 De-minimis-VO.

⁸⁷ Rn 3.

1. DAWI-Mitteilung

Die DAWI-Mitteilung ist ein neu geschaffenes Instrument, das es im Beihilfenpaket von 2005 noch nicht gab. Wie bereits erwähnt, wurde durch den Konsultationsprozess der Wunsch der Mitgliedstaaten nach mehr Klarheit evident, insb was die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von DAWI anbelangt. Die Kommission ist diesem Wunsch gefolgt und legt in dieser Mitteilung die Schlüsselkonzepte, die für DAWI von Bedeutung sind, näher dar. Allerdings ist sie dabei an die Auslegung des Vertrags durch den EuGH gebunden.

Inhalt der Mitteilung sind Erläuterungen zu den Begriffen Unternehmen, wirtschaftliche Tätigkeit, staatliche Mittel und Auswirkungen auf den Handel. Ferner werden die Voraussetzungen der *Altmark*-Kriterien, unter denen Ausgleichsleistungen für DAWI keine staatlichen Beihilfen darstellen, ausführlich erläutert.

a) Definition des Unternehmens und der wirtschaftlichen Tätigkeit

Ein Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne ist nach stRsp des EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“⁸⁸. Weder Gewinnerzielungsabsicht⁸⁹ noch ihr Status ist entscheidend für die Qualifizierung einer Einheit als Unternehmen, sondern einzig und allein die Art der Tätigkeit, die wirtschaftlicher Natur sein muss. Bietet eine Einheit sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Dienstleistungen an, so wird eine getrennte Betrachtungsweise angestellt.⁹⁰ Die Einstufung einer Tätigkeit als wirtschaftlich ist laut EuGH dann gegeben, wenn ein Unternehmen Güter und Dienstleistungen auf einem Markt anbietet.⁹¹ Das Vorhandensein eines Marktes kann wiederum von der Organisation der Dienstleistung in den einzelnen Mitgliedstaaten abhängen. Diese kann sich im Laufe der Zeit auch ändern, weshalb eine klare Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten nicht möglich ist.⁹²

Allerdings werden in der Mitteilung für vier Bereiche Kriterien angeführt, die eine solche Abgrenzung ermöglichen sollen und die sich aus der Rsp des Gerichtshofes ergeben.

⁸⁸ EuGH 05.03.2009, Rs C-350/07, *Kattner*, Slg 2009, I-1513, Rn 34.

⁸⁹ EuGH 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio*, Slg 2006, I-289, Rn 122 f.

⁹⁰ Rn 9.

⁹¹ Rn 11; EuGH 12.09.2000, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov*, Slg 2000, I-6451, Rn 75.

⁹² Rn 12 und 14.

aa) Ausübung öffentlicher Befugnisse

Zunächst wird die Ausübung öffentlicher Befugnisse genannt. Diese stellen dann keine wirtschaftliche Tätigkeit dar, wenn sie Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates oder mit diesen eng verbunden sind, außer der Mitgliedstaat entscheidet sich, Marktmechanismen einzuführen. Als Beispiele werden ua angeführt die Armee und die Polizei sowie die Flug- und Seeverkehrskontrolle.⁹³

bb) Soziale Sicherheit

Der zweite Bereich umfasst die soziale Sicherheit. Hier differenzieren der EuGH und das EuG zwischen Systemen, die auf Solidarität beruhen und wettbewerblichen Systemen.⁹⁴ Für Erstere sind die Kriterien

- Zwangsmitgliedschaft,⁹⁵
- soziale Zwecksetzung,⁹⁶
- fehlender Erwerbszweck,⁹⁷
- Unabhängigkeit zwischen Leistung und Beitragshöhe,⁹⁸
- Berücksichtigung des Einkommens bei der Berechnung der Beitragshöhe⁹⁹ und
- staatliche Kontrolle des Systems¹⁰⁰ ausschlaggebend.

Kriterien für wirtschaftliche Systeme sind hingegen

- freiwillige Mitgliedschaft,
- Kapitalisierungsprinzip¹⁰¹ und
- Gewinnerzielungsabsicht.¹⁰²

⁹³ Rn 16; EuGH 19.01.1994, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43, Rn 30.

⁹⁴ Rn 17 ff.

⁹⁵ EuGH 17.02.1993, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637, Rn 30.

⁹⁶ EuGH 22.02.2002, Rs C-218/00, *INAIL*, Slg 2002, I-691, Rn 45.

⁹⁷ EuGH 16.03.2004, verb Rs C-264/0, C-306/02, C-354/01 und C-355/01, *AOK*, Slg 2004, I-2493, Rn 47.

⁹⁸ EuGH 17.02.1993, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637, Rn 18.

⁹⁹ EuGH 22.02.2002, Rs C-218/00, *INAIL*, Slg 2002, I-691, Rn 40.

¹⁰⁰ EuGH 22.02.2002, Rs C-218/00, *INAIL*, Slg 2002, I-691, Rn 43-45.

¹⁰¹ Dh die Leistungen orientieren sich an der Höhe der geleisteten Beiträge und an den Erträgen, die das System erzielt hat.

¹⁰² EuGH 21.09.1999, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751, Rn 81 ff.

cc) Gesundheitsfürsorge

Auch Leistungen der Gesundheitsfürsorge können unter bestimmten Umständen nicht-wirtschaftlicher Natur sein. Zunächst wird in der Mitteilung auf die unterschiedlich geregelten Gesundheitssysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten hingewiesen. So machen Krankenhäuser in einigen Mitgliedstaaten einen wesentlichen Teil des nationalen Gesundheitssystems aus und sind daher oftmals nach dem Solidaritätsprinzip organisiert.¹⁰³ Kennzeichnend hierfür sind die Finanzierung über Sozialversicherungsbeiträge und aus staatlichen Mitteln sowie eine unentgeltliche Leistungserbringung.¹⁰⁴ Nach stRsp des EuGH und des EuG wird die Einheit in diesen Fällen nicht als Unternehmen tätig mit der Folge, dass jede Tätigkeit, die für die Erbringung einer nichtwirtschaftlichen Dienstleistung notwendig ist, zwangsläufig nichtwirtschaftlich ist.¹⁰⁵ Werden Krankenhäuser und Gesundheitsdienstleister hingegen von den Patienten oder deren Versicherungen für ihre Leistungserbringung bezahlt, führt das zu einem Konkurrenzkampf zwischen den Dienstleistern. Daher können in diesen Fällen Tätigkeiten von öffentlichen Krankenhäusern nicht ohne weiteres als nichtwirtschaftlich angesehen werden.¹⁰⁶ Entgeltliche und auf eigenes Risiko erbrachte Gesundheitsdienstleistungen von niedergelassenen Ärzten und anderen privaten Medizinern sind immer wirtschaftlicher Natur.¹⁰⁷

Die Tatsache, dass die Kommission bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Gesundheitsdienstleister nicht als Unternehmen qualifiziert, ist insofern erstaunlich, als dies in der Lehre höchst umstritten ist.¹⁰⁸ Der Verweis der Kommission auf das Urteil in der Rechtsache *FENIN*¹⁰⁹ ist kritisch zu beurteilen, da es hier nicht um die Frage ging, ob öffentliche Krankenhäuser als Unternehmen zu qualifizieren sind, sondern um die Frage, ob Einrichtungen, die das Gesundheitssystem verwalten und auf dem Markt als Nachfrager tätig werden, Unternehmen sind. Dies wurde vom EuGH verneint. Ob man von dieser Entscheidung auf die Unternehmenseigenschaft von öffentlichen Krankenhäusern schließen kann, ist fraglich und es wird sich erst zeigen müssen, ob sich dieser Ansatz durchsetzen kann und wie die Kommission zukünftig in anderen Fällen solidaritätsbasierten Erbringung von sozialen Dienstleistungen entscheidet.¹¹⁰

¹⁰³ Rn 21 f.

¹⁰⁴ EuG 04.03.2003, Rs T-319/99, *FENIN*, Slg 2003, II-357, Rn 39; bestätigt durch EuGH 11.07.2006, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295.

¹⁰⁵ Rn 21 ff.

¹⁰⁶ Rn 24.

¹⁰⁷ Rn 25.

¹⁰⁸ MwN *Kahl/Müller*, Die aktuelle DAWI-Debatte, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht 2012, 455 (463) und *Scholz*, SDAI 493.

¹⁰⁹ EuG 04.03.2003, Rs T-319/99, *FENIN*, Slg 2003, II-357, Rn 40; bestätigt durch EuGH 11.07.2006, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295.

¹¹⁰ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 463 und *Scholz*, SDAI 492 ff.

dd) Bildungswesen

Schließlich werden in der Mitteilung auch für den Bereich des Bildungswesens Kriterien genannt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausschließen. Hier kommt es im Wesentlichen darauf an, ob das Bildungsangebot Teil des nationalen Bildungssystems ist, ob es vom Staat oder von den Schülern bzw Eltern finanziert und ob es vom Staat überwacht wird.¹¹¹ Diese Bereichsausnahme widerspricht zwar der Judikatur zum funktionellen Unternehmensbegriff, bestätigt aber sowohl die Bereichsausnahme, die der EuGH diesbezüglich für die Grundfreiheiten geschaffen hat,¹¹² als auch deren Anwendung der Kommission auf das Wettbewerbsrecht^{113, 114}.

Diese Grundsätze werden auch auf Kindertageseinrichtungen angewandt.¹¹⁵ Dies ist etwas verwirrend, da auf Kinderbetreuung der DAWI-Beschluss anwendbar ist.¹¹⁶ Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Begriffen ist insofern von Bedeutung, als in ersterem Fall kein Unternehmen vorliegt, weshalb dem DAWI-Beschluss die Anwendung entzogen ist. Mangels einer Definition ist unklar, welches Instrument anzuwenden ist. *Kahl/Müller* sprechen sich für eine Anwendung des DAWI-Beschlusses aus, da dieser als verbindlicher Rechtsakt einen höheren Rang besitzt als die DAWI-Mitteilung^{117, 118}.

b) Staatliche Mittel

Ausgleichsleistungen, die direkt oder indirekt aus staatlichen Mitteln gewährt werden, erfüllen den Beihilfentatbestand des Art 107 AEUV.¹¹⁹ Zu den staatlichen Mitteln zählen sowohl direkte Zuschüsse, Steuergutschriften und Sachleistungen als auch die Vergabe von Lizenzen ohne öffentliche Ausschreibung, Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten und die Finanzierung über parafiskalische Abgaben oder Pflichtabgaben.¹²⁰

Bei ihren Ausführungen zu staatlichen Mitteln hält sich die Kommission an die Auslegung des EuGH in älteren, gefestigten Rechtsprechungen. Die Außerachtlassung jüngerer Ju-

¹¹¹ Rn 26 f; EuGH 11.09. 2007, Rs C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg 2007, I-6957, Rn 68.

¹¹² EuGH 27.09.1988, Rs 263/86, *Humbel*, Slg 1988, 5365, Rn 15 ff; EuGH 07.12.1993, Rs C-109/92, *Wirth*, Slg 1993, I-6647, Rn 14 ff; EuGH 18.12.2007, Rs C-281/06, *Jundt*, Slg 2007, I-12231, Rn 30.

¹¹³ Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17/4, Rn 29.

¹¹⁴ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 464.

¹¹⁵ Rn 27.

¹¹⁶ Art 2 Abs 1 lit c.

¹¹⁷ Laut EuGH stellt eine Mitteilung eine Verhaltensnorm dar, von der die Kommission aus Gründen der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes nicht abweichen kann; s dazu EuGH 22.05.2008, Rs C-266/06 P, *Degussa/Kommission*, Slg 2008, I-81, Rn 53.

¹¹⁸ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 464.

¹¹⁹ Rn 31; EuGH 07.05.1998, verb Rs C-52/97, C-53/97 und C-54/97, *Viscido ua/Ente Poste Italiana*, Slg 1998, I-2629, Rn 13; EuGH 22.11.2001, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067, Rn 16.

¹²⁰ Rn 32-36.

dikatur im Allgemeinen wurde in der Lehre bereits kritisiert, da dies zu einer Rechtsunsicherheit hinsichtlich der gegenwärtigen Rechtslage führe.¹²¹

c) Auswirkungen auf den Handel

Unter dem Kapitel „Auswirkungen auf den Handel“ werden sowohl die Handelsbeeinträchtigung als auch die Wettbewerbsverfälschung behandelt. Staatliche Beihilfen iSd Art 107 Abs 1 AEUV sind nur dann mit dem Binnenmarkt unvereinbar, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen; ein grenzüberschreitendes Element beim Dienstleistungserbringer ist nicht erforderlich.¹²² Sowohl für die Handelsbeeinträchtigung als auch für die Wettbewerbsverzerrung reicht eine potenzielle Beeinträchtigung aus.¹²³ Eine Handelsbeeinträchtigung kann schon bei relativ geringen Beihilfen eintreten.¹²⁴ Die Kommission betont allerdings, dass De-minimis-Beihilfen von der Prüfungspflicht ausgenommen sind.¹²⁵

Es gibt hingegen auch Tätigkeiten rein lokaler Natur, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Hierzu führt die Kommission Fälle aus ihrer Entscheidungspraxis an,¹²⁶ wie bspw örtliche Schwimmbäder¹²⁷, Krankenhäuser¹²⁸ oder Museen¹²⁹.

Eine Handelsbeeinträchtigung kann üblicherweise nur auf Märkten stattfinden, die für den Wettbewerb geöffnet sind. Dies ist dann der Fall, wenn europäisches oder nationales Recht dies bestimmt oder sie de facto durch wirtschaftliche Entwicklung geöffnet sind. Betont wird in diesem Zusammenhang auch der Ermessensspielraum, den die Mitgliedstaaten in Bezug auf DAWI haben, wobei Ausgleichsleistungen dem Beihilferecht unterliegen. Dies gilt sowohl für private als auch für interne Dienstleistungserbringer sowie für Monopolisten. Ebenfalls verfälschen würde es den Wettbewerb, wenn der Dienstleistungserbringer nicht in einem öffentlichen Verfahren zur Auftragsvergabe ausgewählt würde.¹³⁰

¹²¹ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 465.

¹²² Rn 37 f; EuGH 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg 2003, I-7447, Rn 77 f.

¹²³ EuGH 15.12.2005, Rs C-148/04, *Unicredito*, Slg 2005, I-11137, Rn 54.

¹²⁴ Rn 39; EuGH 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg 2003, I-7447, Rn 81.

¹²⁵ Rn 41.

¹²⁶ Rn 40.

¹²⁷ Entscheidung der Kommission vom 21.12.2000 in der Sache N 258/00, Deutschland – Freizeitbad Dorsten, ABI 2001 C 172/16.

¹²⁸ Entscheidung der Kommission vom 27.02.2002 in der Sache N 543/01, Irland — Steuerliche Abschreibung für Krankenhäuser, ABI C 2002 154/4.

¹²⁹ Entscheidung der Kommission vom 18.02.2004 in der Sache N 630/03, Italien — Unterstützung für örtliche Museen in Sardinien, ABI 2005 C 275/3.

¹³⁰ Rn 37.

d) Erläuterungen zu den Altmark-Kriterien

In weiterer Folge nimmt die Mitteilung Stellung zu den in der *Altmark*-Entscheidung aufgestellten Kriterien, bei deren Vorliegen eine Ausgleichsleistung für die Erbringung von DAWI keine staatliche Beihilfe darstellt.¹³¹

aa) DAWI und Betrauungsakt

Zunächst äußert sich die Kommission zum Begriff der DAWI. Demnach handelt es sich um einen dynamischen Begriff mit besonderen Merkmalen. Zugleich wird die Kompetenz der Mitgliedstaaten bei der Einordnung einer Dienstleistung als DAWI betont, denen in dieser Hinsicht ein weiter Ermessensspielraum¹³² zukommt, sofern dem nicht spezielle Vorschriften entgegenstehen. Die Kommission ist lediglich dazu befugt zu prüfen, ob den Mitgliedstaaten hierbei offenkundige Fehler unterlaufen sind.¹³³ Diese Kontrolle hat die Kommission auch hinsichtlich der Frage, ob eine Dienstleistung vom Markt zu normalen Marktbedingungen erbracht werden kann. Abgestellt wird ua auf Preis, Qualität, Kontinuität und Zugang. Nur wenn der Markt der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht nachkommen kann, besteht die Möglichkeit für das Vorliegen eine DAWI.¹³⁴

Es folgen konkrete Erläuterungen zum ersten *Altmark*-Kriterium. Demnach muss ein Unternehmen mit der Erfüllung einer Gemeinwohlverpflichtung betraut worden sein und diese muss in einem Betrauungsakt festgehalten werden, dessen Form in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sein kann. Notwendiger Inhalt ist der Gegenstand und die Dauer der Verpflichtung, das Unternehmen und ggf das betreffende Gebiet, etwaige Sonderrechte, die Parameter für die Berechnung der Höhe der Ausgleichsleistungen und Angabe von Maßnahmen zur Vermeidung bzw Rückforderung einer Überkompensation.¹³⁵ Die Mitteilung stellt außerdem klar, dass die Betrauung auch auf Antrag des Dienstleistungserbringers erfolgen kann. Genehmigung und Betrauungsakt können dabei getrennt erfolgen.¹³⁶

¹³¹ Rn 42 ff.

¹³² S auch Art 14 AEUV und Art 1 des Protokolls Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse.

¹³³ Rn 45 f; *Koenig/Paul*, Art 106 AEUV Rn 49. S auch Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17/4, Rn 22 und zuletzt EuG 12.02.2008, Rs T-289/03, *BUPA*, Slg 2008, II-81, Rn 166-169.

¹³⁴ Rn 48 f.

¹³⁵ Rn 51 f.

¹³⁶ Rn 53.

bb) Ausgleichsparameter und Überkompensation

Die Ausgleichsparameter müssen vorweg festgelegt werden; im Falle einer öffentlichen Ausschreibung bereits in den hierfür bekanntgegebenen Informationen.¹³⁷ Umfang des Ausgleichs sind die Kosten, die zur Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung anfallen, abzüglich der erzielten Einnahmen, zuzüglich eines angemessenen Gewinns.¹³⁸ Für Letzteren wird die Kapitalrendite¹³⁹ herangezogen, die ein typisches Unternehmen unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zugrunde legt. Sofern möglich, sollte ein Vergleich mit ähnlichen Verträgen stattfinden.¹⁴⁰

cc) Auswahl des Dienstleistungserbringers

Hohe Erwartungen wurden an die Erläuterungen zum vierten *Altmark*-Kriterium gestellt. Wie schon erwähnt, kann ein Dienstleistungserbringer demnach entweder im Wege einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt werden, bei dem sichergestellt wird, dass die DAWI zu den für die Allgemeinheit geringsten Kosten erbracht wird. Oder es wird ein Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen angestellt.¹⁴¹

Beide Varianten werden im Folgenden näher erläutert.

i) Erste Variante: Öffentliche Ausschreibung

Das Ergebnis des Konsultationsprozesses verdeutlicht ua bestehende Unsicherheiten bezüglich des Zusammenhangs zwischen EU-Vergaberecht und dem vierten *Altmark*-Kriterium sowie das Begehren der Mitgliedstaaten und Interessenvertreter, eine staatliche Beihilfe dann nicht anzunehmen, wenn eine öffentliche Ausschreibung nach EU-Vergaberecht stattgefunden hat.¹⁴²

Die Kommission stellt in ihrer Mitteilung klar, dass nur bestimmte Verfahren die Anforderungen des vierten *Altmark*-Kriteriums erfüllen. Demnach ist das offene Verfahren grundsätzlich und das nicht-offene Verfahren idR ausreichend, der wettbewerbliche Dialog¹⁴³

¹³⁷ Rn 54 und 59.

¹³⁸ Rn 60.

¹³⁹ Die Kapitalrendite ist der interne Ertragsatz (Internal Rate of Return – IRR). Der IRR berechnet die durchschnittliche, jährliche Rendite des eingesetzten Kapitals, dh es wird der gesamte Betrachtungszeitraum betrachtet.

¹⁴⁰ Rn 61.

¹⁴¹ Rn 62 ff.

¹⁴² Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultationen, SEC(2011) 397, 43; *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koepfen ua*, The SGEI Communication, in European Commission, Competition Policy Newsletter 2012-1, 5, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_10_en.pdf (25.10.2012).

¹⁴³ In der Mitteilung wird dieses Verfahren als Verhandlungsverfahren bezeichnet, jedoch wird Bezug genommen auf Art 29 der RL 2004/18/EG, in dem der wettbewerbliche Dialog geregelt ist.

und das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung nur in Ausnahmefällen. Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung ist hingegen nicht ausreichend.¹⁴⁴ Als Vergabekriterium kommt grundsätzlich der „niedrigste Preis“ in Betracht. Auch das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ ist ausreichend, sofern ein enger Zusammenhang mit der Dienstleistung besteht und es dem Marktwert entspricht.¹⁴⁵ Eine Ausnahme besteht allerdings für den Fall, dass nur ein einziges Angebot abgegeben wurde oder die Infrastruktur im Eigentum eines bestimmten Betreibers steht.¹⁴⁶

Sowohl bei den Ausschreibeverfahren als auch bei den Vergabekriterien stellt die Kommission in ihrer Mitteilung auf die gegenwärtig geltenden Vergaberichtlinien ab.¹⁴⁷ So weit möglich, fand eine Annäherung der Vergabevorschriften und dem Beihilferecht statt.¹⁴⁸

ii) Zweite Variante: Kostenanalyse durch Unternehmensvergleich

Kommt die erste Variante des vierten *Altmark*-Kriteriums nicht zur Anwendung und besteht auch keine marktübliche Vergütung, kann alternativ auf eine Analyse der Kosten abgestellt werden, die „einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ entstünden.¹⁴⁹ Zur Auslegung dieses Begriffs stellt die Kommission in der Mitteilung einige Kriterien auf. So nennt sie zunächst die Einhaltung der Rechnungslegungsmaßnahmen, wobei eine Überprüfung auf der Grundlage von Produktivitätskennzahlen erfolgen kann sowie auf einer Analyse der Qualität in Bezug auf die Erwartung der Nutzer. Letztere führt zu einem weiteren Merkmal, nämlich der Erfüllung der vom Mitgliedstaat festgelegten Qualitätskriterien.¹⁵⁰ Als letztes Kriterium wird die angemessene Ausstattung mit Sachmitteln zur sofortigen Erfüllung der DAWI genannt.¹⁵¹

Um eine Kostenanalyse durchführen zu können, muss es genügend vergleichbare Unternehmen geben. Hierbei ist es irrelevant, in welchem Mitgliedstaat diese ihren Sitz haben. Nicht verglichen werden können die Kosten eines Unternehmens, das zu Unrecht Beihilfen empfängt oder die Kosten eines Monopolunternehmens, da in diesen Fällen die Kosten höher sein können.¹⁵² Durch diese Einschränkung verringert sich die praktische Be-

¹⁴⁴ Rn 66.

¹⁴⁵ Rn 67.

¹⁴⁶ Rn 68.

¹⁴⁷ RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABI L 134/114 und RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABI L134/1.

¹⁴⁸ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Communication, 6.

¹⁴⁹ Rn 69 f.

¹⁵⁰ Rn 72.

¹⁵¹ Rn 76.

¹⁵² Rn 73 f.

deutung der Variante. Die Absicht, den Spielraum der Variante einzuschränken, wird noch durch die fehlende Stellungnahme der Mitteilung zu den Ausführungen des EuG zum vierten *Altmark*-Kriterium im Urteil in der Rechtssache *BUPA*¹⁵³ unterstrichen, in dem sich das Gericht für eine flexiblere Handhabung des Effizienzkriteriums aussprach.¹⁵⁴ Dies dürfe laut EuG jedoch nicht zu einem Ausgleich von Ineffizienzen führen.¹⁵⁵

e) Ergebnis

Ziel der Mitteilung ist es, mehr Klarheit bezüglich der Schlüsselkonzepte für DAWI zu schaffen. Obwohl zum Teil sehr ausführlich, fehlt es dennoch an Bestimmtheit, sodass die Anwender der Beihilfevorschriften sich weiterhin an die Judikatur des EuGH halten müssen. Die fehlende Bestimmtheit ist wohl zum einen Absicht, da die Kommission sich nicht zu stark binden möchte und zum andern liegt es auch an der Auslegungshoheit des EuGH über die Verträge.¹⁵⁶

Hingegen konnte hinsichtlich der ersten Variante des vierten *Altmark*-Kriteriums das Ziel insofern erreicht werden, da nun geklärt ist, dass das offene und nicht-offene Vergabeverfahren jedenfalls den Anforderungen der vierten *Altmark*-Voraussetzung genügen.

¹⁵³ EuG 12.02.2008, Rs T-289/93, *BUPA*, Slg 2008, II-81, Rn 245 ff.

¹⁵⁴ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 467; *Kahl/Müller*, Jahre 362 f.

¹⁵⁵ EuG 12.02.2008, Rs T-289/93, *BUPA*, Slg 2008, II-81, Rn 250.

¹⁵⁶ *Kahl/Müller*, DAWI 468 und *Jung/Deuster*, BRZ 2012, 28.

2. DAWI-Beschluss

Wie eben beschrieben, erläutert die DAWI-Mitteilung die Voraussetzungen, unter denen Ausgleichsleistungen keine staatlichen Beihilfen nach Art 107 AEUV darstellen. Im Gegensatz dazu stützt sich sowohl der DAWI-Beschluss als auch der DAWI-Rahmen auf Art 106 Abs 2 AEUV und geben die Bedingungen wieder, unter denen staatliche Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können. Da die Auswirkungen der Beihilfen, die unter den Beschluss fallen, nicht so gravierend sind als diejenigen, die unter den Rahmen fallen, sind auch die im Beschluss genannten Voraussetzungen weniger streng und entbinden zusätzlich von der Notifizierungspflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV.

Beide Instrumente waren bereits Teil des „*Monti-Kroes*“-Pakets und wurden im Zuge der DAWI-Reform überarbeitet mit dem Ziel, den unterschiedlichen DAWI gerechter zu werden.¹⁵⁷

a) *Schwellenwerte und Betrauungsdauer*

Um in den Anwendungsbereich des DAWI-Beschlusses zu fallen, dürfen Ausgleichsleistungen bestimmte Schwellenwerte nicht überschreiten. Betrag dieser für Ausgleichsleistungen in der FreistellungsE 2005 noch 30 Mio EUR pro Jahr, so wurde er auf 15 Mio EUR pro Jahr (Durchschnittsbetrag) gesenkt;¹⁵⁸ ausgenommen hiervon sind die Bereiche Verkehr und Infrastruktur.¹⁵⁹ Dahinter steckt die Überlegung, dass sich in der Union multi-nationale Anbieter entwickelt haben, deren Auswirkungen auf den Binnenmarkt größer geworden sind.¹⁶⁰ In diesem Sinne haben sich auch die Interessenvertreter im Konsultationsprozess geäußert und angemerkt, der Kenntnis der Kommission würden dadurch bedeutende Ausgleichsleistungen entgehen.¹⁶¹

Im Beschluss wurde auch das Kriterium des Jahresumsatzes von weniger als 100 Mio EUR in den beiden der Übernahme einer DAWI vorausgehenden Rechnungsjahren abge-

¹⁵⁷ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI): the Commission Decision and Framework of 20 December 2011, European Commission Policy Newsletter 2012-1, 2, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_11_en.pdf (25.10.2012); Memo/11/929 vom 20.12.2011, State aid: Commission adopts new package on State aid rules for services of general economic interest (SGEI) – frequently asked questions, 2 f.

¹⁵⁸ Art 2 Abs 1 lit a.

¹⁵⁹ Abs 5.

¹⁶⁰ 10. Erwgr sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Reform der EU-Beihilfavorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg, 10.

¹⁶¹ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultationen, SEC(2011) 397, 44 f sowie Commission Staff Working Paper – Impact Assessment, Reform of the EU rules applicable to State aid in the form of public service compensation, SEC(2011) 1581 final, 20 f.

schaft. Gründe hierfür sind etwa Schwierigkeiten bei der Berechnung, insb bei Unternehmensgruppen und eine Benachteiligung umsatzstarker Unternehmen. Das Argument, bei großen Unternehmen bestehe die Gefahr von Quersubventionierung wirtschaftlicher Tätigkeiten kann durch Art 5 Abs 9 entkräftet werden, der in diesen Fällen eine getrennte Buchführung vorschreibt.¹⁶²

Von dem eben beschriebenen Schwellenwert ausgenommen sind, wie schon in der Entscheidung von 2005, Krankenhäuser¹⁶³ und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen und – neu – „Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, den Zugang zum und die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“¹⁶⁴. Diese Dienstleistungen haben gemein, dass im Falle von Ausgleichsleistungen der Binnenmarkt nicht zwangsläufig im selben Maße beeinträchtigt wird. Zum einen sind nämlich soziale Dienstleistungen gegenwärtig zumeist lokaler Natur und zum anderen sind sie im hohen Maße vom Faktor Mensch abhängig, wodurch es schwer würde, die Effizienzkriterien des Rahmens zu erfüllen.¹⁶⁵

Obwohl der Beschluss nicht auf den Bereich des Landverkehrs¹⁶⁶ anwendbar ist, so gilt er doch für die Bereiche Luft- und Seeverkehr¹⁶⁷ zu Inseln sowie für Flug- und Seeverkehrshäfen. In beiden Fällen wird auf die durchschnittliche Anzahl der Passiere während der beiden Finanzjahre, die der Betrauung mit der DAWI vorausgegangen sind, abgestellt.¹⁶⁸ Für den ersten Fall darf die Zahl der Passiere 300.000 nicht übersteigen, im zwei-

¹⁶² *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 6 f; Memo/11/929 vom 20.12.2011, State aid: Commission adopts new package on State aid rules for services of general economic interest (SGEI) – frequently asked questions, 2.

¹⁶³ Jetzt mit dem Zusatz „die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten; die Erbringung von Nebendienstleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, insb in der Forschung, steht der Anwendung dieses Absatzes jedoch nicht entgegen“, Art 2 Abs 1 lit b.

¹⁶⁴ Art 2 Abs 1 lit c.

¹⁶⁵ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 4 f.

¹⁶⁶ Art 93 AEUV stellt eine Ausnahmebestimmung vom Beihilfenverbot für den Landverkehr dar.

¹⁶⁷ Die VO (EG) Nr 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft und die VO (EWG) Nr 3577/92 des Rates vom 7. Dezember 1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage) enthalten Vorschriften über Ausgleichsleistungen für DAWI im Luft- und Seeverkehr, ohne jedoch auf eine Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Binnenmarkt einzugehen oder eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV vorzusehen. Der Beschluss ist daher nur dann anwendbar, wenn auch die sektorspezifischen Regelungen erfüllt sind.

¹⁶⁸ Es kann ausschließlich auf die Passieranzahl abgestellt werden (Rn 25) und nicht auch, wie noch in der Entscheidung von 2005 (Rn 19), auf den Schwellenwert der Ausgleichsleistung von maximal 15 Mio EUR.

ten Fall gelten für Flughäfen 200.000 (in der FreistellungsE waren es noch 1 Mio) und für Seehäfen 300.000 Passiere.¹⁶⁹

Die Verringerung der Passieranzahl bei Flughäfen ist auf die enorme Entwicklung regionaler Flughäfen zurückzuführen und folglich ihrer erhöhten Auswirkung auf den Binnenmarkt.¹⁷⁰

Wie bereits geschildert, wurde der Umsatzschwellenwert der FreistellungsE im neuen Beschluss abgeschafft. Dafür kam die Bedingung einer maximalen Betrauungsdauer für die Erbringung von DAWI von zehn Jahren hinzu. Ausgenommen sind Fälle, in denen erhebliche Investitionen des Dienstleistungserbringers von Nöten sind, deren Abschreibungsdauer, wie es bspw beim sozialen Wohnungsbau der Fall ist, einen längeren Zeitraum umfasst.¹⁷¹

Grund für diese Entscheidung ist wohl eine stärkere Auswirkung einer längeren Betrauungsdauer auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, insb auf die Bildung von Preisen unter Wettbewerbsbedingungen, da der Dienstleistungserbringer in diesem Fall langfristig feststeht und daher ein schneller Wechsel zu einem anderen Unternehmen nicht möglich ist.¹⁷²

b) DAWI und Betrauungsakt

Eine der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Beschlusses ist nach Art 2 Abs 1 das Vorliegen einer DAWI. An dieser Stelle kann allerdings auf die Ausführungen im Kapitel DAWI-Mitteilung verwiesen werden.

Bezüglich der Anforderungen an den Betrauungsakt kann ebenfalls auf Ausführungen über die DAWI-Mitteilung verwiesen werden. Allerdings verlangt Art 4 des Beschlusses darüber hinaus einen Verweis auf den Beschluss. Dieses Erfordernis ist neu im Vergleich zur FreistellungsE.

¹⁶⁹ Art 2 Abs 1 lit d und e.

¹⁷⁰ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 6.

¹⁷¹ Art 2 Abs 2 und 12. ErwG.

¹⁷² *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 6.

c) Höhe der Ausgleichsleistungen und Kontrolle von Überkompensation

Die Formel zur Bestimmung der Höhe des Ausgleichs

$\text{Ausgleichsleistung} \leq \text{Nettokosten} + \text{angemessener Gewinn}$
--

ist sowohl im Beschluss als auch in der FreistellungsE Grundlage der Berechnung des Ausgleichs; eine etwaige Überkompensation muss zurückgezahlt werden.¹⁷³ Abgesehen von diesen beiden Punkten wurden im Freistellungsbeschluss einige Aspekte geändert:

aa) Mehrjahresansatz

Im Freistellungsbeschluss gilt nicht länger der Jahresansatz, sondern der Mehrjahresansatz, dh eine Überkompensation liegt nicht schon dann vor, wenn das Unternehmen in einem Jahr eine erhöhte Ausgleichsleistung erhält, sondern erst, wenn die durchschnittliche Höhe der Ausgleichsleistung über den gesamten Betrauungszeitraum gerechnet, erhöht ist. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass zur Erfüllung von Effizianzanreizen, wie sie in Art 5 Abs 6 genannt werden, idR ein längerer Zeitraum erforderlich ist.¹⁷⁴

Damit dieser neue Ansatz nicht über Gebühr strapaziert wird, sieht Art 6 mindestens alle drei Jahre während des Betrauungszeitraums sowie an dessen Ende Kontrollen durch die Mitgliedstaaten vor. Eine Überkompensation ist von den Mitgliedstaaten zurückzufordern. Beträgt die Überkompensation höchstens 10 % des durchschnittlichen jährlichen Ausgleichs, so ist eine Übertragung und Anrechnung auf den nächsten Zeitraum möglich.

bb) Berechnung der Nettokosten

Im Freistellungsbeschluss werden zwei Möglichkeiten vorgegeben, wie die Nettokosten berechnet werden können: die Kostenallokationsmethode und die Net-avoided-cost-Methode.¹⁷⁵

i) Kostenallokationsmethode

Bei der ersten Möglichkeit, die schon in der FreistellungsE angewandt wurde, wird die Differenz zwischen den Kosten für die Erbringung der DAWI und den Einnahmen aus der Erbringung der DAWI berechnet. Die sog Kostenallokationsmethode¹⁷⁶ berücksichtigt nur die zur Erbringung der DAWI notwendigen Ist-Kosten sowie, falls das Unternehmen auch andere Tätigkeiten ausübt, die anteiligen fixen Kosten.¹⁷⁷ Auf der Einnahmenseite werden

¹⁷³ Art 5 Abs 1 und 10.

¹⁷⁴ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 8.

¹⁷⁵ Art 5 Abs 2.

¹⁷⁶ Zur Kostenallokationsmethode siehe auch Rn 28 ff des DAWI-Rahmens.

¹⁷⁷ Art 5 Abs 3.

die gesamten Ist-Einnahmen im Zusammenhang mit der betreffenden DAWI zusammengezählt. Gewinne aus besonderen oder ausschließlichen Rechten, die mit einer anderen Dienstleistung als der betreffenden DAWI zusammenhängen und die über der angemessenen Rendite liegen, sind zu den Einnahmen zu zählen. Nach Maßgabe des betreffenden Mitgliedstaates müssen Gewinne aus anderen Tätigkeiten uU zur Finanzierung der DAWI verwendet werden.¹⁷⁸

Um sicherzustellen, dass Unternehmen, die auch anderen Tätigkeiten nachgehen, nur die Kosten und Einnahmen betreffend die DAWI ausweisen und nicht etwa ein Verlustausgleich aus anderen Bereichen stattfindet, sieht Art 5 Abs 9 die Pflicht zur getrennten Buchführung sowie die Angabe der Verteilungsschlüssel für die Kosten und Einnahmen vor. Dadurch wird bei diesem sog Vollkostenausgleich zwar ein uneingeschränkter Verlustausgleich ausgeschlossen, die tatsächlichen Ist-Kosten können jedoch zur Gänze ausgeglichen werden.¹⁷⁹

ii) Net-avoided-cost-Methode

Als neu eingeführte Alternative nennt der DAWI-Beschluss eine zweite Möglichkeit der Berechnung der Nettokosten: die Net-avoided-cost-Methode. Hierfür wird die Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der DAWI und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne Betrauung mit dieser DAWI ermittelt.¹⁸⁰

Vorteile dieser Methode ergeben sich bspw im Bereich des sozialen Wohnungsbaus: Die Nettokosten lassen sich nach dieser Methode als Differenz zwischen den Mieteinnahmen aus der sozialen Wohnung und deren Marktpreis berechnen.¹⁸¹ Für viele DAWI ist diese Methode aber zu komplex und daher nur alternativ anzuwenden.¹⁸²

cc) Berechnung des angemessenen Gewinns

Wie schon erwähnt, verfolgt der Beschluss einen Mehrjahresansatz. Dies gilt auch im Bereich der Berechnung des angemessenen Gewinns. Ein angemessener Gewinn liegt dann vor, wenn die Höhe der Kapitalrendite nicht über das hinausgeht, was ein durchschnittliches Unternehmen seiner Entscheidung, ob es die betreffende DAWI über den gesamten Betrauungszeitraum erbringen soll, unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zugrunde legt.¹⁸³

¹⁷⁸ Art 5 Abs 4.

¹⁷⁹ *Jung/Deuster*, BRZ 2012, 31.

¹⁸⁰ Art 5 Abs 2; s auch die Ausführungen zur Net-avoided-cost Methode in Kapitel V.3.a)ee)i).

¹⁸¹ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 8.

¹⁸² Ebd 19.

¹⁸³ Art 5 Abs 5.

Im Unterschied zur FreistellungE stellt der Freistellungsbeschluss auf den IRR als Kapitalrendite ab. In jedem Fall als angemessen gilt nach Art 5 Abs 7 (Safe-Harbour):

$\text{Kapitalrendite} \leq \text{Swap-Satz}^{184} + 100 \text{ Basispunkte}$

Geht der Dienstleistungserbringer mit der Gemeinwohlverpflichtung kein beträchtliches kommerzielles oder vertragliches Risiko ein, insb weil die Nettokosten im Nachhinein vollständig erstattet werden, dann darf der angemessene Gewinn diese Grenze nicht überschreiten. Mit dieser Obergrenze soll der nachträglichen, vollständigen Erstattung der Nettokosten die Attraktivität genommen werden, da in diesen Fällen kein Anreiz zur Effizienz besteht.¹⁸⁵ Solche Anreizkriterien, insb in Bezug auf Erhöhung der Qualität und der Produktivität, können die Mitgliedstaaten laut Art 5 Abs 6 der Berechnung des angemessenen Gewinns zugrunde legen; diese dürfen sich allerdings nicht nachteilig auf die Qualität der DAWI auswirken. Damit wird zunehmend auf eine ex-ante Betrachtung abgestellt – ein Konzept, das für Effizianreize geeigneter ist als ein ex-post Konzept.¹⁸⁶

Kann die Kapitalrendite aufgrund besonderer Umstände nicht verwendet werden, so kann auf die durchschnittliche Eigenkapitalrendite (ROE), die Rendite des eingesetzten Kapitals (ROCE), die Gesamtkapitalrendite (ROA) oder die Umsatzrendite (ROS) abgestellt werden.¹⁸⁷

d) Transparenz und Berichterstattung

Die Mitgliedstaaten müssen bei der Gewährung von Ausgleichsleistungen von über 15 Mio EUR an Unternehmen, die neben der Erbringung von DAWI noch anderen Tätigkeiten nachgehen, den Betrauungsakt oder eine Zusammenfassung dessen und den jährlichen Beihilfebetrug im Internet oder in einem anderen geeigneten Medium veröffentlichen.¹⁸⁸ Dies soll die Transparenz und die Befolgung der Beihilferegeln bei umfangreichen Ausgleichsleistungen, die größere Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, fördern und den Verdacht des Vorliegens einer Quersubventionierung entkräften.¹⁸⁹

Nach Art 9 haben die Mitgliedstaaten der Kommission alle zwei Jahre einen Bericht über die Umsetzung des Beschlusses zu übermitteln.

¹⁸⁴ Es kommt der Swap-Satz zur Anwendung, der hinsichtlich Währung und Fälligkeit bzw Dauer dem Betrauungsakt entspricht. Die Kommission verweist in Rn 36 Fn 1 des DAWI-Rahmens auf den IBOR (Interbank Offered Rate) als Swap-Satz, jedoch mit längerer Fälligkeit. Der IBOR ist der Zinssatz, zu dem sich die Banken untereinander Geld leihen. Dieser wird allerdings nur für eine Laufzeit von maximal 12 Monaten herausgegeben. *Jung/Deuster* vermuten, dass die Swap-Sätze der Banken an Kunden, die der Betrauungsdauer entsprechen, gemeint sind und die Swap-Sätze auf Basis der IBOR-Sätze berechnet werden. *Jung/Deuster*, BRZ 2012, 31.

¹⁸⁵ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 9 und Fn 26.

¹⁸⁶ Ebd 8 f.

¹⁸⁷ Art 5 Abs 8.

¹⁸⁸ Art 7.

¹⁸⁹ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 10.

e) Ergebnis

Der neue Freistellungsbeschluss enthält sowohl Vereinfachungen als auch einige Verschärfungen. Am auffälligsten sind die Schwellenwertbefreiungen bei Sozialdienstleistungen. Probleme ergeben sich hier allerdings durch unbestimmte Begriffe wie bspw Kinderbetreuung, da wenn man diesen Begriff dem der Kindertagesstätte der DAWI-Mitteilung gegenüberstellt. Ebenso unbestimmt ist die Aussage zu den Krankenhäusern, da sich hier unter Berücksichtigung der DAWI-Mitteilung die Frage stellt, wann ein Krankenhaus wirtschaftlich tätig ist. Auch der Ausdruck „Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ bedarf einer Klärung. In der Pressemitteilung zum DAWI-Paket spricht die Kommission zwar davon, dass alle SDAWI in diese Ausnahme fallen würden,¹⁹⁰ Rechtssicherheit hierzu wird aber wohl erst die Kommissionspraxis schaffen können.¹⁹¹ Für andere DAWI ergeben sich jedoch Verschärfungen, da der Schwellenwert für Ausgleichsleistungen gesenkt wurde.

An Stelle der Umsatzschwelle, die für Konzerne aufgrund möglicher Zurechenbarkeit von Umsätzen problematisch war, wurde das Kriterium der maximalen Betrauungsdauer von zehn Jahren eingeführt; ausgenommen sind erhebliche Investitionen. Wann genau eine solche Investition vorliegt und wie lange die maximale Betrauungsdauer dann sein darf, bleibt unklar.

Klarheit hat die Kommission hinsichtlich der Berechnung des angemessenen Gewinns geschaffen, da nun die Kapitalrendite, berechnet als IRR, als angebracht gilt. Kann diese jedoch nicht angewendet werden, können andere Kennzahlen verwendet werden. Wann solche Ausnahmefälle jedoch vorliegen, wird indes nicht erläutert.

¹⁹⁰ Pressemitteilung IP/11/1571 der Kommission vom 20.12.2011, Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt neue Regeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) an.

¹⁹¹ Scholz, SDAI 496 f und Kahl/Müller, DAWI-Debatte 470.

3. DAWI-Rahmen

Ausgleichsleistungen für DAWI, die nicht vom Freistellungsbeschluss gedeckt sind, fallen – bei Erfüllung der im DAWI-Rahmen genannten Voraussetzungen – in den Anwendungsbereich des Rahmens. Sie können, wenn sie für die Erbringung der DAWI erforderlich sind und die Handelsbeeinträchtigung dem Interesse der EU nicht zuwiderläuft, als mit dem Binnenmarkt gemäß Art 106 Abs 2 AEUV vereinbar erklärt werden, müssen aber notifiziert werden. Der EU-Rahmen gilt weder für den Landverkehr oder den öffentlichen-rechtlichen Rundfunk, noch für DAWI-Erbringer in Schwierigkeiten. Für diese Bereiche gibt es eigene Regelungen.¹⁹²

Im Vergleich zu den Bestimmungen im GR 2005 wurde im DAWI-Rahmen 2011 mehr Wert auf Effizienz, Vermeidung von Wettbewerbsbeeinträchtigung, Transparenz und auf einen diversifizierteren Ansatz gelegt. Diesem wird auch in der vorliegenden Arbeit Folge geleistet durch die Untergliederung des Kapitels in Standardvoraussetzungen, vereinfachte Prüfung und in eingehendere Prüfung bei Gefahr von schwerwiegenden Wettbewerbsverstößen.

a) Standardvoraussetzungen für die Vereinbarkeit

aa) Vorliegen einer echten DAWI

Zunächst einmal muss eine echte DAWI vorliegen und diese muss von den Mitgliedstaaten genau definiert werden.¹⁹³ Zwei Aspekte sind im Unterschied zum GR neu: Kann bzw könnte eine Dienstleistung vom Markt zufriedenstellend erbracht werden, so können die Mitgliedstaaten diese nicht zusätzlich mit einer Gemeinwohlverpflichtung verbinden. Die Kontrolle der Kommission ist dabei darauf beschränkt, ob dem Mitgliedstaat bei der Definition offenkundige Fehler unterlaufen sind.¹⁹⁴

Zweitens sollte ein möglicher Bedarf von DAWI von den Mitgliedstaaten durch geeignete Erhebungen ermittelt werden, um so den Bedürfnissen der Nutzer und Dienstleistungserbringer am besten gerecht werden zu können.¹⁹⁵

bb) Betrauungsakt und Betrauungsdauer

Die genaue Beschreibung des Gegenstandes der Gemeinwohlverpflichtung ist auch Teil des Betrauungsaktes. Weitere Elemente sind die Betrauungsdauer, das Unternehmen und ggf das betreffende Gebiet, etwaige Sonderrechte, die Parameter für die Berechnung

¹⁹² Rn 7-9.

¹⁹³ Rn 12.

¹⁹⁴ Rn 13.

¹⁹⁵ Rn 14.

der Ausgleichsleistungen und die Angabe von Maßnahmen zur Vermeidung bzw Rückforderung einer Überkompensation.¹⁹⁶

Das Element der Betrauungsdauer wird im DAWI-Rahmen im Gegensatz zum GR als gesonderte Voraussetzung angeführt. Diese muss sich auf objektive Kriterien wie zB die Notwendigkeit einer Amortisierung DAWI-spezifischer Investitionen stützen. Höchstdauer des Betrauungszeitraums ist die Abschreibungsdauer der eben genannten Investitionen.¹⁹⁷ Dieses Element findet sich bereits im Freistellungsbeschluss und steht mit diesem vermutlich auch im Zusammenhang.

cc) Einhaltung der TransparenzRL und des Vergaberechts

Ebenfalls neu ist die Verpflichtung zur Einhaltung der TransparenzRL. Wird diese nicht eingehalten, so wird davon ausgegangen, dass eine Beihilfe den Handel zwischen den Mitgliedstaaten in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem Interesse der EU iSd Art 106 Abs 2 AEUV zuwiderläuft und damit nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann.¹⁹⁸

Dieselben Konsequenzen ergeben sich, wenn die EU-Vergabevorschriften, insb die des Primärrechts (Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung), aber auch des Sekundärrechts (insb die VergabeRL) nicht eingehalten werden.¹⁹⁹ Die enge Verknüpfung mit den Vergabevorschriften wurde bereits im Kapitel über die DAWI-Mitteilung erörtert und daher kann an dieser Stelle auf diese Ausführungen verwiesen werden.

dd) Nichtdiskriminierung

Ebenfalls neu ist das Gebot, mehrere Unternehmen, die mit derselben DAWI betraut sind, gleich zu behandeln, indem ein und dieselbe Berechnungsmethode für die Höhe der Ausgleichsleistung verwendet wird.²⁰⁰

Diese Bestimmung ist von praktischer Relevanz, da es relativ häufig zu einer Ungleichbehandlung der Unternehmen durch die Behörden kommt und diesbezüglich Beschwerden bei der Kommission eingingen. Bisher widersprach eine solche Diskriminierung nicht den Bestimmungen des GR, solange das Unternehmen keine Überkompensation erhielt. Da Effizienzüberlegungen im überarbeiteten Rahmen verstärkt Eingang gefunden haben, kann eine solche Diskriminierung nicht länger hingenommen werden, da in diesen Fällen

¹⁹⁶ Rn 15 f.

¹⁹⁷ Rn 17.

¹⁹⁸ Rn 18.

¹⁹⁹ Rn 19.

²⁰⁰ Rn 20.

ganz offensichtlich auch eine geringere Ausgleichszahlung ausreichend ist, um die Dienstleistung erbringen zu können.²⁰¹

ee) Höhe der Ausgleichsleistungen

Grundsätzlich gilt auch beim DAWI-Rahmen die Formel:²⁰²

$$\boxed{\text{Ausgleichsleistungen} \leq \text{Nettokosten} + \text{angemessener Gewinn}}^{203}$$

Für die Berechnung der Höhe der Ausgleichsleistungen können entweder die zu erwartenden oder die tatsächlichen Kosten und Einnahmen herangezogen werden. Berücksichtigt die Behörde Effizianzanreize bei der Berechnung, ist eine Kombination beider Modelle möglich.²⁰⁴ Werden die Kosten und Einnahmen ganz oder teilweise geschätzt, müssen diese im Betrauungsakt angegeben werden.²⁰⁵

Die Berechnung der Nettokosten erfolgt im DAWI-Rahmen über die Net-avoided-cost-Methode und nicht mehr über die Kostenallokationsmethode²⁰⁶ wie im GR von 2005. Letztere Berechnungsmethode darf nur dann angewandt werden, wenn Erstere nicht möglich oder nicht geeignet ist.²⁰⁷

i) Net-avoided-cost-Methode

Nach der Net-avoided-cost-Methode werden die zur Erbringung der DAWI erforderlichen Nettokosten als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers mit Gemeinwohlverpflichtung²⁰⁸ und den Nettokosten desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung berechnet.²⁰⁹ Dies führt dazu, dass nur Kosten aus der Erbringung der DAWI ausgeglichen werden und nicht etwa Ineffizienzen, die sich aus der Erfüllung der DAWI ergeben. Diese Kostenbegrenzung allein führt schon zu einer Effizienzsteigerung der betroffenen Unternehmen.²¹⁰

²⁰¹ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppe* ua, Decision and Framework 13.

²⁰² Rn 21.

²⁰³ Rn 33 ff. Die Berechnung der Höhe des angemessenen Gewinns entspricht im Wesentlichen den Regelungen im DAWI-Beschluss und daher kann an dieser Stelle auf die Ausführungen in Kapitel V.2.c)cc) verwiesen werden.

²⁰⁴ Rn 22.

²⁰⁵ Rn 23.

²⁰⁶ S hierzu die Ausführungen zur Kostenallokationsmethode in Kapitel V.2.c)bb)i).

²⁰⁷ Rn 27.

²⁰⁸ Die Berechnung der Einnahmen entspricht der Berechnung im DAWI-Beschluss – s hierzu Kapitel V.2.c)bb)i).

²⁰⁹ Rn 25.

²¹⁰ *Jung/Deuster*, BRZ 2012, 32.

Des Weiteren können die zusätzlichen Kosten, die sich im Vergleich mit den Nettokosten aus der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung und den Nettokosten ohne Gemeinwohlverpflichtung ergeben, besser veranschlagt werden.²¹¹

Dies führt jedoch auch zu einem beträchtlichen Nachteil, da ein Alternativszenario zu der Gemeinwohlverpflichtung ausgearbeitet werden muss, was eine komplexe Aufgabe darstellt und außerdem nicht leicht zu überprüfen ist.²¹²

Ob nun die Net-avoided-cost-Methode oder die Kostenallokationsmethode zu geringeren Ausgleichsleistungen führt ist schwer zu sagen, da dies vom Alternativszenario abhängt.²¹³

ii) Effizianzanreize

Wie zu Beginn schon erwähnt, müssen die Mitgliedstaaten, soweit dies möglich und angemessen ist, bei den Methoden zur Ausgleichsberechnung Effizianzanreize vorsehen.²¹⁴ Hintergrund ist die Überlegung, dass Beihilfen an ineffiziente Unternehmen den Handel und den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten stärker beeinträchtigen, da so überhöhte Kosten ausgeglichen werden. Setzen die Behörden jedoch Effizianzanreize, erhöht sich die Effizienz aller Unternehmen, was zu einer Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Dienstleistungserbringern, zu einer effizienteren Verwendung von Steuergeldern und zu einer allgemeinen Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der EU führt.²¹⁵

Wie die Effizienzkriterien genau auszusehen haben, wird im EU-Rahmen nicht vorgeschrieben, jedoch werden Beispiele angeführt. Demnach sind Nettoausgleichsmodelle möglich, bei denen pauschale Ausgleichshöhen festgelegt werden, die die zu erwartenden Effizienzgewinne des Unternehmens während des Betrauungszeitraums berücksichtigen. Ebenso denkbar sind Bruttoausgleichsmodelle, bei denen die Ausgleichshöhe an die Erreichung von Zielvorgaben für Effizienzgewinne gekoppelt ist. Werden die Ziele erreicht, wird die Ausgleichsleistung nach zuvor im Betrauungsakt festgelegten Kriterien erhöht, im umgekehrten Fall wird sie gekürzt.²¹⁶

²¹¹ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 18.

²¹² Ebd 19.

²¹³ Ebd.

²¹⁴ Rn 39.

²¹⁵ Commission Staff Working Paper – Impact Assessment, Reform of the EU rules applicable to State aid in the form of public service compensation, SEC(2011) 1581 final, 53 f und Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Begleitunterlage zur Reform der EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, SEK(2011) 1582 endg, 11 f.

²¹⁶ Rn 39 ff und *Jung/Deuster*, BRZ 2012, 32.

Da die Gefahr besteht, dass Unternehmen zur Erfüllung der Effizienzkriterien die Qualität der Dienstleistungen verringern, ist eine sorgfältig durchdachte Ausgestaltung der Anreizkriterien wichtig.²¹⁷

iii) Überkompensation

Für die Vorgabe von Effizienzanreizen ist ein ex-post Ansatz bei der Kontrolle von etwaigen Überkompensationen abträglich. Daher ist die Kommission auch hier von einem ex-post Ansatz im GR zu einem ex-ante Ansatz gewechselt. Konkret bedeutet dies, dass die Effizienzkriterien im Vorhinein im Betrauungsakt festgelegt und sie einer ex-post Prüfung unterzogen werden.²¹⁸ So beschränkt sich die Kontrolle bei einer im Vorhinein festgelegten pauschalen Ausgleichshöhe auf die Frage, ob die Höhe des Gewinns, den das Unternehmen laut Betrauungsakt erwirtschaften darf, auch im Nachhinein angemessen erscheint.²¹⁹

Eine solche Kontrolle hat am Ende des Betrauungszeitraums und in jedem Fall mindestens alle drei Jahre stattzufinden. Wurden bei der Vergabe der DAWI die EU-Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe nicht angewandt, so müssen die Kontrollen alle zwei Jahre stattfinden.²²⁰

ff) *Transparenz*

Die Mitgliedstaaten haben für jede Ausgleichsleistung, die aufgrund dieses Rahmens gewährt wird, bestimmte Informationen, wie Gegenstand und Betrauungsdauer der DAWI, das Unternehmen und ggf das betreffende Gebiet und die jährliche Kompensation im Internet oder in sonstiger angemessener Weise zu publizieren. Dies soll Transparenz sicherstellen und die Befolgung der Beihilferegeln erhöhen.²²¹

b) Vereinfachte Prüfung

Staatliche Beihilfen, welche die in Art 2 Abs 1 des Freistellungsbeschlusses genannten Bedingungen zwar erfüllen (Ausgleichsleistungen unter 15 Mio EUR oder bestimmte Sektoren), nicht aber die restlichen Voraussetzungen, müssen bei der Kommission angemeldet und anhand des EU-Rahmens beurteilt werden. Da dies aber in diesen Fällen wegen der geringen Höhe der Ausgleichsleistung oder dem betreffenden Sektor nicht angemessen ist, sind bestimmte Abschnitte des EU-Rahmens auf diese Beihilfen nicht anwendbar:

²¹⁷ Rn 43 und Commission Staff Working Paper – Impact Assessment, Reform of the EU rules applicable to State aid in the form of public service compensation, SEC(2011) 1581 final, 53.

²¹⁸ Rn 42.

²¹⁹ Rn 50.

²²⁰ Rn 49.

²²¹ Rn 60.

so die Ermittlung des Bedarfs einer DAWI durch öffentliche Konsultation und deren Veröffentlichung (Rn 14 und 60 lit a); die Einhaltung der EU-Vergabevorschriften (Rn 19); die Nichtdiskriminierung (Rn 20); die Anwendung der Net-avoided-cost-Methode (Rn 24); das Vorsehen von Effizienzreizen bei den Ausgleichsmechanismen (Rn 39) und die zusätzlichen Voraussetzungen für besonders wettbewerbsverzerrende Beihilfen (Rn 51-59).²²²

c) Eingehendere Prüfung bei schwerwiegenden Wettbewerbsverfälschungen

Bei bestimmten, außergewöhnlichen Umständen ist es möglich, dass trotz der eben dargestellten Voraussetzungen schwerwiegende Wettbewerbsverfälschungen vorkommen können und zu einer Handelsbeeinträchtigung führen, die den Interessen der EU zuwiderläuft. Sollte dies der Fall sein, prüft die Kommission, ob durch Auflagen für die Mitgliedstaaten oder durch die Pflicht der Unternehmen zur Unterbreitung von verpflichtenden Angeboten solche Wettbewerbsverzerrungen reduziert werden können.²²³ Als Beispiele für derartige Wettbewerbsverfälschungen werden angeführt:²²⁴

- Außerachtlassung objektiver Kriterien bei der Betrauungsdauer,
- Bündelung von Aufgaben,
- Marktabschottung ohne vorherige Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens,
- Immaterielle Vorteile aus besonderen oder ausschließlichen Rechten,
- Marktabschottung durch die Finanzierung einer nicht reproduktiven Infrastruktur und
- Behinderung der Durchführung und Durchsetzung der Binnenmarktvorschriften.

d) Ergebnis

Im Vergleich mit dem GR 2005 wurden im DAWI-Rahmen einige Veränderungen vorgenommen; das Konzept der engen Verknüpfung mit dem DAWI-Beschluss wurde allerdings beibehalten.

Bedeutende Veränderungen betreffen Maßnahmen zur Effizienzsteigerung, wie ein ex-ante Ansatz, ein Wechsel zur Net-avoided-cost-Methode und das Erfordernis, Effizienzkriterien vorzusehen. Bei Letzterem fällt der Entschluss der Kommission auf, die jüngste Rechtsprechung nicht umfassend zu berücksichtigen.²²⁵ Das EuG sprach sich zunächst in der Rs *BUPA*²²⁶ für einen flexibleren Umgang mit den *Altmark*-Kriterien aus, die auf Tat-

²²² Rn 61.

²²³ Rn 51 ff.

²²⁴ Rn 55 ff.

²²⁵ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 472 f.

²²⁶ EuG 12.02.2008, Rs T-289/03, *BUPA*, Slg 2008, II-81.

bestandsebene zu prüfen sind. In der Rs *Métropole télévision (M6)*²²⁷ machte das EuG dann außerdem sehr deutlich, dass die Einhaltung des vierten *Altmark*-Kriteriums einzig und allein dazu bestimmt sei zu entscheiden, ob der Tatbestand einer staatlichen Beihilfe nach Art 107 Abs 1 AEUV erfüllt sei, und nicht, ob eine Beihilfe nach Art 106 Abs 2 als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könne.

Laut *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua* muss der Dienstleistungserbringer die Effizienzkriterien iSd DAWI-Rahmens nicht erfüllen, um in den Anwendungsbereich des DAWI-Rahmens zu fallen, sondern die Effizianzanreize sind lediglich der Berechnung der Ausgleichshöhe zugrunde zu legen, was langfristig zu einer effizienteren Erbringung von DAWI führen soll.²²⁸

IdS äußern sich auch die Kommissionsdienststellen in ihrem Arbeitspapier.²²⁹ Demnach würden Effizienzkriterien nicht dazu führen, dass die betreffenden Unternehmen das vierte *Altmark*-Kriterium erfüllen müssten, zumal auch ineffiziente Unternehmen die Kriterien iSd DAWI-Rahmens während der Betrauungsdauer erfüllen könnten.²³⁰ Außerdem würde durch das Erfordernis von Effizianzanreizen der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in Hinblick auf Bereitstellung, Auftraggebung und Organisation von DAWI nicht beeinträchtigt, da die Mitgliedstaaten die Kriterien selbst gestalten könnten und die Kommission die Effizienz der Dienstleistungserbringer selbst nicht überprüfe.²³¹

Im Ergebnis haben diese Veränderungen eine Verschärfung gegenüber dem GR zur Folge, da nun auch auf Rechtfertigungsebene der Druck auf die Dienstleistungserbringer zur wirtschaftlichen Optimierung steigt. Auch der Wechsel von der Kostenallokationsmethode zur Net-avoided-cost-Methode wird zu Verschärfungen führen, da etwaige Ineffizienzen nicht mehr ausgeglichen werden können.

²²⁷ EuG 01.07.2010, verb Rs T-568/08 und T-573/08, *Métropole télévision (M6)*, Slg 2010, II-3397, Rn 127 ff.

²²⁸ *Pesaresi/Sinnaeve/Guigue-Koeppen ua*, Decision and Framework 16.

²²⁹ Commission Staff Working Paper – Impact Assessment, Reform of the EU rules applicable to State aid in the form of public service compensation, SEC(2011) 1581 final.

²³⁰ Ebd 36.

²³¹ Ebd 53 f.

4. DAWI-De-minimis-VO

Nach Art 107 Abs 1 AEUV sind staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie zu einer Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten führen. Allerdings kann der Rat nach Art 109 AEUV Durchführungsverordnungen zu den Art 107 und 108 AEUV erlassen und ua festlegen, welche Beihilfen vom Genehmigungsverfahren nach Art 108 Abs 3 AEUV ausgenommen sind. Der Rat hat in Art 2 Abs 1 seiner VO (EG) Nr 994/98²³² die Kommission dazu ermächtigt, durch Verordnungen festzustellen, dass bestimmte geringfügige Beihilfen nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV erfüllen und daher von der Anmeldepflicht ausgenommen sind. Ende 2006 erließ die Kommission auf dieser Grundlage eine allgemeine De-minimis-VO²³³, nach der das Notifizierungsverfahren für Beihilfen, die den Schwellenwert von 200.000 EUR und einen Zeitraum von drei Steuerjahren nicht überschreiten, entfällt.

Am 25. April 2012 wurde als letztes der vier Instrumente des neuen Beihilfenpakets eine De-minimis-VO speziell für die Erbringung von DAWI angenommen, die neben der allgemeinen De-minimis-VO steht.²³⁴ Sie bleibt bis zum 31. Dezember 2018 in Kraft.²³⁵

Joaquín Almunia, Vizepräsident der Kommission und für Wettbewerbspolitik zuständiger EU-Kommissar zur neuen De-minimis-VO:²³⁶

„Die neue Freistellungsregelung ist eine Erleichterung für kleinere, lokale öffentliche Dienstleistungen und gibt der Kommission außerdem die Möglichkeit, sich auf Fälle zu konzentrieren, in denen sich staatliche Beihilfen spürbar auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken.“

²³² VO (EG) Nr 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen.

²³³ VO (EG) Nr 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen.

²³⁴ Erwgr 14.

²³⁵ Art 5. Die VO nach Art 4 ist auch auf Beihilfen anwendbar, die vor ihrem Inkrafttreten für die Erbringung gewährt wurden und kann nach Außerkraft treten noch sechs Monate angewandt werden.

²³⁶ *Joaquín Almunia*, zit in Pressemitteilung der Kommission vom 25.04.2012, Kommission nimmt De-minimis-Verordnung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an.

a) Geltungsbereich

Der Geltungsbereich dieser VO ist beschränkt auf Unternehmen, die mit DAWI betraut sind.²³⁷ Wie schon in der allgemeinen De-minimis-VO sind bestimmte Bereiche von der Anwendung ausgenommen. Hierzu zählen Fischerei und Aquakultur, Primärerzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse sowie deren Verarbeitung und Vermarktung, Speditionsunternehmen für den gewerblichen Straßengüterverkehr, Exportbeihilfen, Begünstigung heimischer Produkte, der Kohlesektor und Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten. Agieren Unternehmen, die in den ersten vier genannten Gebieten tätig sind, noch in anderen Bereichen, die nicht vom Anwendungsbereich der VO ausgenommen sind, so dürfen für diese Tätigkeiten De-minimis-Beihilfen nach dieser VO gewährt werden, sofern eine Trennung der Tätigkeiten oder der Kosten möglich ist.²³⁸

b) De-minimis-Beihilfen

In Art 2 der VO werden die Voraussetzungen erläutert, bei deren Vorliegen Beihilfen als Maßnahmen gelten, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV erfüllen und daher bei der Kommission nicht angemeldet werden müssen. Diese Voraussetzungen sind folgende:

- Der Gesamtbetrag der geringfügigen Beihilfe darf über einen Zeitraum von drei Steuerjahren die Höhe von 500.000 EUR nicht überschreiten, unabhängig davon, ob die Beihilfe ganz oder teilweise aus Unionsmitteln finanziert wird.²³⁹ Dieser Betrag gilt nur im Falle eines Barzuschusses. Hierbei handelt es sich um Bruttobeträge (vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben). In allen anderen Fällen entspricht der Beihilfebetrag dem Bruttosubventionsäquivalent der Beihilfe.²⁴⁰ Teilbeträge müssen zum Bewilligungszeitpunkt mit dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Referenzzinssatz abgezinst werden.²⁴¹
- Beläuft sich der Gesamtbetrag der De-minimis-Beihilfen auf über 500.000 EUR, so kann diese Verordnung auch nicht für einen Teil in Anspruch genommen werden, der unter dieser Obergrenze liegt.²⁴²
- Sofern der Höchstbetrag von 500.000 EUR nicht überschritten wird, können geringfügige Beihilfen nach dieser VO mit geringfügigen Beihilfen nach anderen De-minimis-VO kumuliert werden.²⁴³

²³⁷ Art 1 Abs 1.

²³⁸ Art 1 Abs 2 UAbs 2.

²³⁹ Art 2 Abs 2.

²⁴⁰ Art 2 Abs 3 UAbs 1.

²⁴¹ Art 2 Abs 3 UAbs 2.

²⁴² Art 2 Abs 5.

- Nicht kumuliert werden dürfen De-minimis-Beihilfen nach dieser VO
 - mit anderen Beihilfen für dieselbe DAWI, wenn dadurch Höchstbeträge, die in anderen Vorschriften festgelegt sind, nicht eingehalten werden können²⁴⁴ oder
 - mit Ausgleichsleistungen für dieselbe DAWI, unabhängig davon, ob es sich bei dem Ausgleich um eine staatliche Beihilfe handelt oder nicht.²⁴⁵
- Es muss sich um eine „transparente Beihilfe“ handeln, dh das Bruttosubventionsäquivalent für Beihilfen muss im Voraus genau berechnet werden können, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist.²⁴⁶ Es folgen detaillierte Regelungen zu Darlehen, Kapitalzuführungen, Risikokapitalmaßnahmen und Garantien, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird.²⁴⁷

Die Erhöhung des Schwellenwerts von 200.000 auf 500.000 EUR erschien zweckmäßig, da nach Erfahrung der Kommission bei Unternehmen, die DAWI erbringen, die Ausgleichsleistung höher sein kann, ohne eine Beeinträchtigung des Handels oder eine Verfälschung des Wettbewerbs befürchten zu müssen. Grund hierfür sind höhere Kosten für die Erbringung einer DAWI, was den höheren Ausgleichsbetrag wieder relativiert. Außerdem sind diese DAWI oftmals von rein lokaler Natur.²⁴⁸

c) Gewährung und Überwachung

Vor Gewährung einer De-minimis-Beihilfe muss der Mitgliedstaat das Unternehmen zum einen schriftlich von der voraussichtlichen Höhe und der betreffenden DAWI in Kenntnis setzen mit Verweis auf diese VO sowie der ausdrücklichen Titulierung der Beihilfe als De-minimis-Beihilfe. Zum anderen muss die zuständige nationale Stelle sich vergewissern, dass durch die beabsichtigte Beihilfe der Gesamtbetrag der dem Unternehmen gewährten De-minimis-Beihilfen 500.000 EUR nicht übersteigt und die Kumulierungsvorschriften befolgt wurden. Hinsichtlich dieser Prüfung haben die Mitgliedstaaten die Wahl zwischen der Einrichtung eines Zentralregisters, in dem alle gewährten De-minimis-Beihilfen registriert sind und einer Erklärung des Unternehmens, in der dieses alle De-minimis-Beihilfen offenlegt.²⁴⁹

²⁴³ Art 2 Abs 7.

²⁴⁴ Art 2 Abs 6.

²⁴⁵ Art 2 Abs 8.

²⁴⁶ Art 2 Abs 4.

²⁴⁷ Art 2 Abs 4 lit a-d sowie die Erwgr 17 und 18. S auch Art 2 Abs 4 der allgemeinen De-minimis-VO.

²⁴⁸ Erwgr 3.

²⁴⁹ Art 3 Abs 1.

Zu Überprüfungszwecken haben die Mitgliedstaaten alle relevanten Informationen bezüglich der gewährten De-minimis-Beihilfen über einen Zeitraum von zehn Jahren aufzubewahren und auf Verlangen der Kommission zu übermitteln. Zusätzlich müssen diesen Informationen auch Angaben über die dem Unternehmen nach anderen De-minimis-VO gewährten Beihilfen beigefügt werden.²⁵⁰

e) Ergebnis

Durch die Anhebung des De-minimis-Beihilfenhöchstbetrags für DAWI von 200.000 auf 500.000 EUR kann der Verwaltungsaufwand bei den nationalen Stellen deutlich reduziert werden, da für diese das Genehmigungsverfahren entfällt. Dies entlastet auch die Unternehmen, allerdings unterliegen sie gewissen Offenlegungspflichten.

Die Erhöhung des Höchstbetrags ist auch für Gemeinden von Bedeutung, da diese oftmals als Träger sozialer Einrichtungen tätig werden und so von dem größeren Handlungsspielraum profitieren.²⁵¹ Da diese Beihilfen regelmäßig von geringer Höhe und von lokaler Natur sind, ist der Ansicht der Kommission zu folgen, nach der solche Beihilfen zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen.

Auch die Kumulierungsvorschriften kommen den Dienstleistungserbringern entgegen, da sie sowohl Beihilfen nach dieser VO als auch gleichzeitig Beihilfen nach der allgemeinen De-minimis-VO erhalten können.

In der Pressemitteilung der EU-Kommission wird zudem die Erhöhung der Rechtssicherheit durch die neue VO hervorgehoben, da es nun einen eindeutigen Höchstbetrag für DAWI-Ausgleichsleistungen gibt, der nicht den Tatbestand einer Beihilfe nach Art 107 Abs 1 AEUV erfüllt.²⁵² Dem steht die Feststellung des EuGH entgegen, nach der es keine Schwelle und keinen Prozentsatz gibt, bis zu der oder dem man davon ausgehen könnte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt würde.²⁵³ Allerdings bezieht sich der EuGH in seiner Rechtsprechung inzwischen selbst auf die De-minimis-Höchstgrenzen.²⁵⁴ Daher sei laut *Kahl/Müller* eine Aufhebung der De-minimis-VO durch den EuGH unwahrscheinlich.²⁵⁵

²⁵⁰ Art 3 Abs 3.

²⁵¹ *cep*, EU-Verordnung. Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, *cep*Analyse Nr 06/2012 vom 06.02.2012, 3, http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/DAWI/KA_DAWI-Beihilfen.pdf (27.10.2012); *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 475.

²⁵² Pressemitteilung der Kommission vom 25.04.2012, Kommission nimmt De-minimis-Verordnung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an.

²⁵³ EuGH 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg 2003, I-7447, Rn 81.

²⁵⁴ EuGH 03.03.2005, Rs C-172/03, *Heiser*, Slg 2005, I-162, Rn 34.

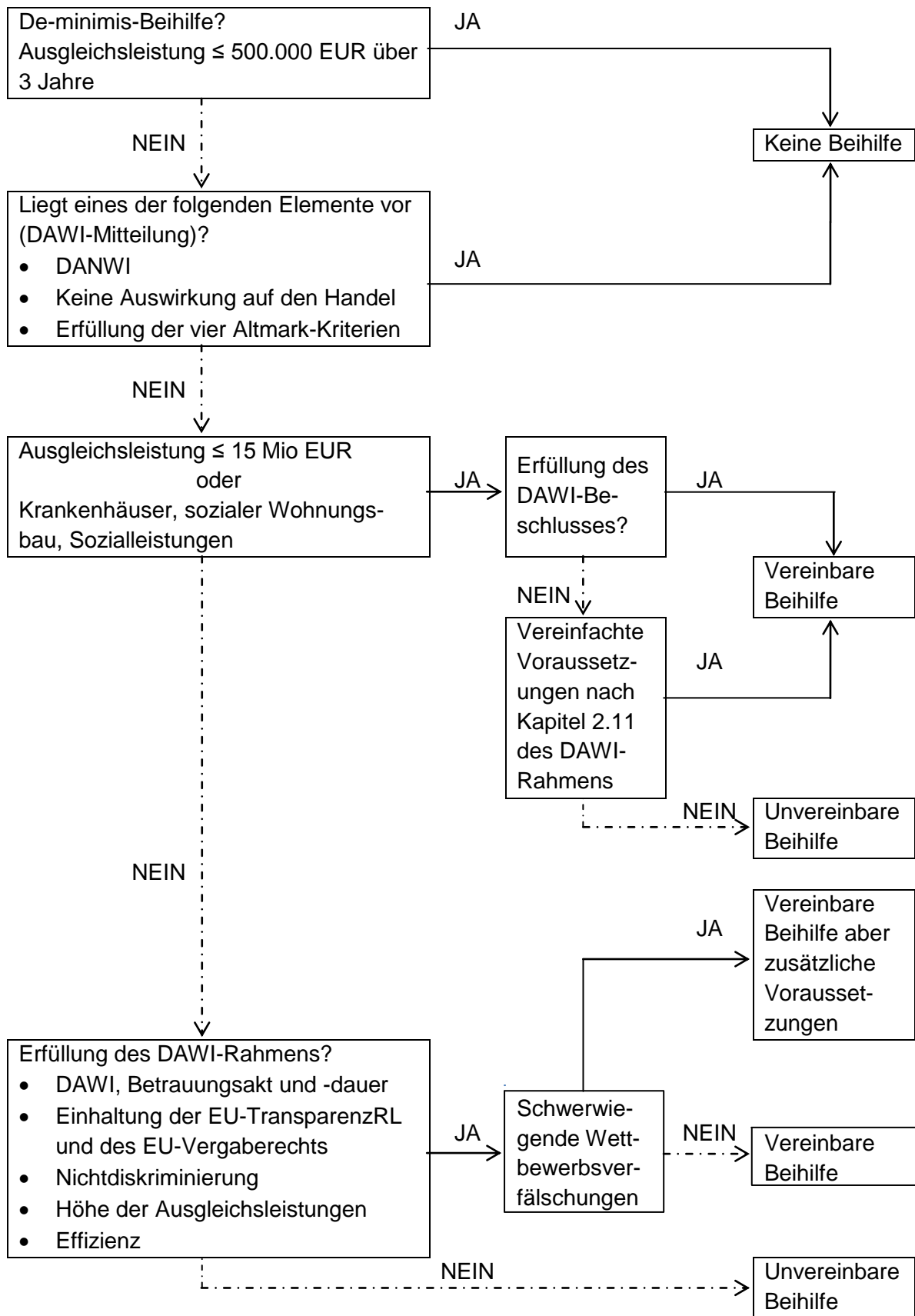
²⁵⁵ *Kahl/Müller*, DAWI-Debatte 476.

5. Wesentliche Unterschiede zwischen dem „Almunia“- und dem „Monti-Kroes“-Paket

„Almunia“-Paket	„Monti-Kroes“-Paket
<p><u>Mitteilung</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Klärung relevanter beihilferechtlicher Schlüsselkonzepte für DAWI • Anwendung von Art 107 AEUV und der <i>Altmark</i>-Kriterien auf Ausgleichsleistungen 	
<p><u>Beschluss</u></p> <p>Anwendungsbereich:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ausgleichsleistungen ≤ 15 Mio EUR im Jahr oder • Krankenhäuser und soziale Dienste: „Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, den Zugang zum und die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ • Betreuungsdauer ≤10 Jahre (Ausnahme: erhebliche Investitionen erforderlich) <p>Voraussetzungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • DAWI • Betrauungsakt mit Bezugnahme auf den Beschluss • Überkompensationstest • Mehrjahresansatz • Kontrollen mindestens alle 3 Jahre • Safe Harbour und Obergrenze für angemessenen Gewinn 	<p><u>Entscheidung</u></p> <p>Anwendungsbereich:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ausgleichsleistungen ≤ 30 Mio EUR im Jahr für Unternehmen mit einem Umsatz ≤ 100 Mio EUR im Jahr • Krankenhäuser und sozialer Wohnungsbau <p>Voraussetzungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • DAWI • Betrauungsakt • Überkompensationstest • Jahresansatz • Jährliche Kontrolle

<p><u>Rahmen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Echte DAWI • Betrauungsakt • Betrauungsdauer • Einhaltung der EU-Transparenz-RL • Einhaltung der EU-Vergabevorschriften • Nichtdiskriminierung • Net-avoided-cost-Methode • Effizienzreize • Ex-ante Mehrjahresansatz • Überkompensationstest • Transparenz • Vereinfachte Prüfung für Beihilfen, die unter Art 2 Abs 1 des DAWI-Beschlusses fallen • Eingehendere Prüfung im Falle schwerwiegender Wettbewerbsverfälschungen 	<p><u>Gemeinschaftsrahmen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Echte DAWI • Betrauungsakt • Überkompensationstest • Ex-post Jahresansatz • Kostenallokationsmethode
<p><u>DAWI-De-minimis-VO</u> Höchstbetrag von 500.000 EUR über 3 Steuerjahre</p>	<p><u>Allgemeine De-minimis-VO</u> Höchstbetrag von 200.000 EUR über 3 Steuerjahre</p>

6. Prüfungsschema²⁵⁶



²⁵⁶ In Anlehnung an *European Commission*, SGEI Analysis Tree, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/analysis_tree_en.pdf (03.11.2012).

VI. Schluss

Ziel der Beihilferechtsreform ist es, mehr Klarheit hinsichtlich der Schlüsselkonzepte für DAWI zu schaffen und einen diversifizierteren und verhältnismäßigeren Ansatz bei der Anwendung der Beihilferegeln auf die verschiedenen DAWI zu etablieren.

In den vorangegangenen Kapiteln wurde zunächst allgemein die Bedeutung der Daseinsvorsorge in Europa und deren Verankerung im Vertrag von Lissabon betont, bevor der Weg von der Grundsatzentscheidung in der Rs *Altmark-Trans* über das „Monti-Kroes“-Paket hin zum aktuellen „Almunia“-Paket aufgezeigt wurde. Die Erörterung der einzelnen Regelungen des „Almunia“-Pakets und das Aufzeigen der Unterschiede zum *Monti-Kroes*-Paket bildeten das zentrale Thema der vorliegenden Arbeit. Abschließend bleibt noch die Frage zu beantworten, ob die eben genannten Ziele und Erwartungen erfüllt werden konnten.

Hinsichtlich des erstgenannten Ziels der Klarheit ist dies nicht eindeutig zu beantworten. Zwar konnte die DAWI-Mitteilung zur Lösung des Problems der korrekten Anwendung der ersten Variante des vierten *Altmark*-Kriteriums beitragen, allerdings werden in der Mitteilung nicht hinreichend deutlich definierte Begriffe verwendet, was nicht gerade zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit beiträgt. Andererseits führt gerade dies zu einem gewissen Gestaltungsspielraum, den sowohl die Anwender der Beihilfavorschriften als auch die Kommission für sich nutzen können; vorausgesetzt, die EU-Vorschriften werden eingehalten.

Dem Wunsch nach diversifizierteren und verhältnismäßigeren Regelungen wurde insofern nachgekommen, als die DAWI-De-minimis-VO als neues Instrument in das Beihilfenpaket aufgenommen wurde. Die Erhöhung des Schwellenwertes von 200.000 auf 500.000 EUR im Vergleich zur allgemeinen De-minimis-VO führt zu einer Erweiterung des Handlungsspielraums insb der Gemeinden bei der Bereitstellung und Erbringung von lokalen DAWI und SDAWI. Aber auch der Verwaltungsaufwand wird reduziert, da künftig mehr DAWI von der Anmeldepflicht ausgenommen sind.

Auch der DAWI-Beschluss bringt durch die Schwellenwertbefreiung für soziale Dienstleistungen eine Vereinfachung mit sich. Dies verdeutlicht die Absicht der Kommission, die Stärkung der SDAWI auch im „Almunia“-Paket weiter voranzutreiben. Die eben genannte Vereinfachung wird jedoch wieder relativiert durch unbestimmte Begriffe, die die Rechtssicherheit mindern und die Anwendung der Beihilfavorschriften erschweren. Zudem werden die Schwellenwerte für sonstige DAWI von 30 Mio auf 15 Mio EUR reduziert, wodurch nun mehr DAWI unter den Rahmen fallen und notifiziert werden müssen.

Durch den überarbeiteten DAWI-Rahmen wird im „*Almunia*“-Paket ein noch diversifizierterer Ansatz angewandt. Für alle DAWI, die nicht unter den Freistellungsbeschluss fallen und die Voraussetzungen des DAWI-Rahmens erfüllen, müssen die Mitgliedstaaten jetzt Effizianzanreize vorsehen. Zusätzlich muss die Net-avoided-cost-Methode zur Berechnung der Ausgleichssumme angewandt werden, was zu einem Optimierungszwang nun auch auf Rechtfertigungsebene führt. Auf Tatbestandsebene, dh bei der Frage, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, verlangt ja bereits das vierte *Altmark*-Kriterium eine Kostenoptimierung.

Alles in allem lässt sich feststellen, dass das „*Almunia*“-Paket zwar Vereinfachungen für SDAWI und für De-minimis-Beihilfen bereithält, für andere DAWI jedoch Verschärfungen durch Schwellenwertsenkung im Freistellungsbeschluss und Optimierungszwang für anmeldepflichtige DAWI.

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

Jung Christian, Art 14 AEUV, in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta⁴ (München 2011).

Koenig Christian/Paul Julia, Art 14 AEUV, in Streinz (Hg), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union² (München 2012).

Koenig Christian/Paul Julia, Art 106 AEUV, in Streinz (Hg), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union² (München 2012) Rn 36-101.

Kühling Jürgen, Art 107 AEUV, in Streinz (Hg), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union² (München 2012) Rn 1-55 und 102-135.

II. Sammelwerke & Monografien

Blanck-Putz Kathrin, Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie, in Eilmansberger/Herzig (Hg), Soziales Europa. Beiträge zum 8. Österreichischen Europarechtstag 2008 (Wien 2009) 219.

Damjanovic Dragana, Die Marktregeln der EG – Regelungsinstrumente der mitgliedstaatlichen Wohlfahrtssysteme?, in Eilmansberger/Herzig (Hg), Soziales Europa. Beiträge zum 8. Österreichischen Europarechtstag 2008 (Wien 2009) 197.

Damjanovic Dragana/De Witte Bruno, Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty, EU Working Paper LAW 2008/34.

Frenz Walter, Handbuch Europarecht III. Beihilfe- und Vergaberecht (Berlin/Heidelberg 2007).

Haratsch Andreas/Koenig Christian/Pechstein Mathias, Europarecht⁸ (Tübingen 2012).

Kahl Arno/Müller Thomas, Fünf Jahre nach Altmark – Was blieb von den „Daseinsvorsorge-Kriterien“?, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht Jahrbuch 2009 (Wien/Graz 2009) 351.

Kahl Arno/Müller Thomas, Die aktuelle DAWI-Debatte, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht Jahrbuch 2012 (Wien/Graz 2012) 455.

Krajewski Markus, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (Berlin/Heidelberg 2011).

Lechner Eva, DaseinsvorsorgeE und GR der Kommission – Ein Beitrag zur Rechtssicherheit?, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht Jahrbuch 2008 (Wien/Graz 2008) 245.

Scholz Sebastian, Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – der beihilferechtliche Rahmen nach dem neuen „DAWI-Paket“ der Europäischen Kommission, in Jaeger/Haslinger (Hg), Beihilferecht Jahrbuch 2012 (Wien/Graz 2012) 479.

Wimmer Norbert/Müller Thomas, Wirtschaftsrecht. International – Europäisch – National² (Wien 2012).

III. Artikel

Basedow Jürgen, Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?, EuZW 2008, 225.

cep, EU-Verordnung. Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, cepAnalyse Nr 06/2012, http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/DAWI/KA_DAWI-Beihilfen.pdf (27.10.2012).

Eilmansberger Thomas/Herzig Günter, Studie im Auftrag des BM für Soziales und Konsumentenschutz zum Thema Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Social services of general interest (SSGI) (Salzburg 2008), http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/5/4/1/CH2247/CMS1229091777409/ssgistudie-summary-endg_mit_logo_bmsk.pdf (24.09.2012).

Frenz Walter, Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon. Daseinsvorsorge, Wettbewerb, Grundfreiheiten, in wrp, Heft 2008/01, http://www.wiso-net.de/webcgi?START=A20&T_FORMAT=5&DOKM=978499_ZG_EN_0&IV_DOK=1&WID=74642-3080782-63129_3 (03.11.2012).

Hirsbrunner Simon/Litzenberger Ines, Ein bisschen Almunia im Monti-Kroes-Paket? Die Reform der beihilferechtlichen Vorschriften betreffend Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EuZW 2011, 742.

Jung Christian/Deuster Jan, Einfacher, klarer, verhältnismäßiger? Das neue EU-Beihilfen-Paket für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, BRZ 2012, 24.

Knauff Matthias, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725.

Krajewski Markus, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Vertrag von Lissabon, ZögU 2010, Heft 2, <http://www.zoegu.nomos.de/?id=1588> (19.10.2012).

Sauter Wolf, Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law, TILEC Discussion Paper No. 2008-017, <http://ssrn.com/abstract=1136105> (27.10.2012).

IV. Veröffentlichungen der Europäischen Kommission (chronologisch)

1. Arbeitspapiere

Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endg.

Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC(2011) 397.

Commission Staff Working Paper – Impact Assessment, Reform of the EU rules applicable to State aid in the form of public service compensation, SEC(2011) 1581 final.

Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Begleitunterlage zur Reform der EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, SEK(2011) 1582 endg.

2. Memos

Memo/11/929 vom 20.12.2011, State aid: Commission adopts new package on State aid rules for services of general economic interest (SGEI) – frequently asked questions.

3. Pressemitteilungen

Pressemitteilung IP/11/347 der Kommission vom 23.03.2011, Kommission auf dem Weg zur Reform der Beihilfenvorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Pressemitteilung IP/11/1571 der Kommission vom 20.12.2011, Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt neue Regeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) an.

Pressemitteilung der Kommission vom 25.04.2012, Kommission nimmt De-minimis-Verordnung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an.

4. Newsletter

Svane Lars Peter, Public service compensation in practice: Commission package on State aid for Services of General Economic Interest, in Competition Policy Newsletter 2005/3, 34.

Pesaresi Nicola/Sinnaeve Adinda/Guigue-Koeppen Valérie ua, The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI): the Commission Decision and Framework of 20 December 2011, in European Commission, Competition Policy Newsletter 2012-1, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_11_en.pdf (25.10.2012).

Pesaresi Nicola/Sinnaeve Adinda/Guigue-Koeppen Valérie ua, The SGEI Communication, in European Commission, Competition Policy Newsletter 2012-1, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_10_en.pdf (25.10.2012).

5. Sonstiges

European Commission, SGEI Analysis Tree, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/analysis_tree_en.pdf (03.11.2012).

Rechtsquellenverzeichnis

I. Primärrecht

EWGV Rom – Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vom 25.03.1957.

EGV– Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, idF

- EGV Maastricht, ABI 1992 C 191/1,
- EGV Amsterdam, ABI 1997 C 340/1,
- EGV Nizza, ABI 2001 C 80/1.

AEUV – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung, ABI 2010 C 83/1.

EUV – Vertrag über die Europäische Union, idF

- EUV Nizza, ABI 2001 C 80/1,
- EUVn Lissabon, konsolidierte Fassung, ABI 2010 C 83/1.

GRC – Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI 2010 C 83/2.

II. Sekundärrecht

1. Verordnungen

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

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

2. Richtlinien

RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABI L134/1.

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

RL 2006/1111/EG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI 2006 L 318/17.

3. Entscheidungen/Beschlüsse der Europäischen Kommission

Entscheidung der Kommission vom 21.12.2000 in der Sache N 258/00, Deutschland – Freizeitbad Dorsten, ABI 2001 C 172/16.

Entscheidung der Kommission vom 27.02.2002 in der Sache N 543/01, Irland — Steuerliche Abschreibung für Krankenhäuser, ABI C 2002 154/4.

Entscheidung der Kommission vom 18.02.2004 in der Sache N 630/03, Italien — Unterstützung für örtliche Museen in Sardinien, ABI 2005 C 275/3.

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, ABI 2005 L 312/67.

Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABI 2012 L 7/3.

4. Mitteilungen und Rahmen der Europäischen Kommission

Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 1996 C 281/3.

Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17/4.

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

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

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Reform der EU-Beihilfenvorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM(2011) 146 endg.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg.

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI 2012 C 8/4.

Mitteilung der Kommission, Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABI 2012 C 8/15.

Rechtsprechungsverzeichnis (EuGH, EuG, SA)

- EuGH 27.09.1988, Rs 263/86, *Humbel*, Slg 1988, 5365.
- EuGH 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg 1991, I-5889.
- EuGH 17.02.1993, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637.
- EuGH 07.12.1993, Rs C-109/92, *Wirth*, Slg 1993, I-6647.
- EuGH 19.01.1994, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43.
- EuG 27.02.1997, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229.
- EuGH 17.07.1997, Rs C-242/95, *GT-Link*, Slg 1997, I-4449.
- EuGH 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg 1997, I-5699.
- EuGH 25.03.1998, Rs C-174/97 P, *FFSA*, Slg 1998, I-1303.
- EuGH 07.05.1998, verb Rs C-52/97, C-53/97 und C-54/97, *Viscido ua/Ente Poste Italiane*, Slg 1998, I-2629.
- EuGH 18.06.1998, Rs C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, Slg 1998, I-3949.
- EuGH 21.09.1999, verb Rs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg 1999, I-6025.
- EuGH 21.09.1999, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751.
- EuG 10.05.2000, Rs T-46/97, *SIC*, Slg 2000, II-1303.
- EuGH 12.09.2000, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlow*, Slg 2000, I-6451.
- EuGH 22.11.2001, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067.
- EuGH 22.02.2002, Rs C-218/00, *INAIL*, Slg 2002, I-691.
- GA *Jacobs*, SA 30.04.2002, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769.
- EuG 04.03.2003, Rs T-319/99, *FENIN*, Slg 2003, II-357; bestätigt durch EuGH 11.07.2006, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295.
- EuGH 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg 2003, I-7447.
- EuGH 16.03.2004, verb Rs C-264/0, C-306/02, C-354/01 und C-355/01, *AOK*, Slg 2004, I-249.
- EuGH 03.03.2005, Rs C-172/03, *Heiser*, Slg 2005, I-162.
- EuGH 15.12.2005, Rs C-148/04, *Unicredito*, Slg 2005, I-11137.
- EuGH 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio*, Slg 2006, I-289.

EuGH 11.09. 2007, Rs C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg 2007, I-6957.

EuGH 18.12.2007, Rs C-281/06, *Jundt*, Slg 2007, I-12231.

EuG 12.02.2008, Rs T-289/03, *BUPA*, Slg 2008, II-81.

EuGH 22.05.2008, Rs C-266/06 P, *Degussa/Kommission*, Slg 2008, I-81.

EuGH 05.03.2009, Rs C-350/07, *Kattner*, Slg 2009, I-1513.

EuG 11.03.2009, Rs T-354/05, *TF1*, Slg 2009, II-471.

EuG 01.07.2010, verb Rs T-568/08 und T-573/08, *Métropole télévision (M6)*, Slg 2010, II-3397.