



## **MES-Perspektiven 01/2014**

Die *MES-Perspektiven* werden vom MA Europa-Studien der Europa-Universität Viadrina herausgegeben. Die MES-Perspektiven sind dem interdisziplinären Charakter des Studiengangs verpflichtet. Sie präsentieren in loser Reihenfolge wissenschaftliche Erträge, die die Mitglieder des Studiengangs – d.h. Studierende und Dozenten – gewinnen. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf solche politische, rechtliche und wirtschaftliche Prozesse des europäischen Integrationsprozesses gelegt, die disziplinäres Wissen herausfordern und weiterentwickeln.

## **Über den Autor**

Niklas Kramer lebt und arbeitet in Berlin. Im Jahr 2013 schloss er seinen Master Europa-Studien mit Schwerpunkt Rechtswissenschaften an der Europa-Universität in Frankfurt (Oder) ab. Zuvor absolvierte er seinen Bachelor in Staatswissenschaften an der Universität Erfurt. Er verbrachte Auslandssemester in Großbritannien und Polen. Als Praktikant sammelte er Erfahrungen unter anderem im Deutschen Städtetag, bei der Konrad-Adenauer-Stiftung in Warschau und bei einem namhaften Europaparlamentarier in Brüssel. Der Kontakt zum Deutschen Städtetag ließ ihn nach der Beziehung zwischen der kommunalen Ebene und Europa fragen. Auch sein besonderes Interesse für das „Soziale Europa“ machen die Europäischen Rahmenbedingungen der Daseinsvorsorge zu einem Forschungsfeld.

## **Betreuer der MA-Arbeit**

Erstgutachter Prof. Dr. Carsten Nowak

Zweitgutachter Dr. Thomas Lübbig, Honorarprofessor an der Europa-Universität Viadrina

## **Herausgeber der Reihe MES-Perspektiven**

Prof. Dr. Timm Beichelt

Prof. Dr. Carsten Nowak

Dr. Nicolai von Ondarza

Prof. Dr. Reimund Schwarze

## **Kontakt**

Professur für Europa-Studien

Europa-Universität Viadrina

Postfach 1786

15207 Frankfurt/ Oder

## **Redaktion dieser Ausgabe**

Amelie Greser

## **Erscheinungsdatum**

**20.02.2014**

## Abstract

Von der Elektrizität über die Wasserversorgung bis zu den Sozial- und Gesundheitsdiensten: Die in der europäischen Diskussion umständlich klingenden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in Deutschland besser bekannt als Leistungen der Daseinsvorsorge, befinden sich in einem sehr umkämpften Spannungsfeld zwischen Sozialpolitik und Wettbewerbspolitik. Sie sollen den Bürger so umfassend wie möglich und unter den besten Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Gleichzeitig treffen Kompetenzen aufeinander: Der europäische Anspruch auf einen funktionierenden Binnenmarkt einerseits und die mitgliedstaatlichen Schutzinteressen und Rechtstraditionen andererseits.

Die Arbeit nimmt die jüngste Reform unter dem Wettbewerbskommissar Joaquín Almunia im EU-Beihilfenrecht zum Anlass, um die Möglichkeiten und Grenzen der mitgliedstaatlichen Finanzierung der Daseinsvorsorge umfassend zu bestimmen. Als Ausgangspunkt und Maßstab wird der Lissabonner Vertrag mit seinen Neuerungen gewählt. Herausgearbeitet wird, dass es sich um ein primärrechtlich angelegtes ordnungspolitisches Problem handelt, dass nicht von vornherein aufgelöst werden kann. Gleichzeitig lassen sich dem Vertrag jedoch Wertungen entnehmen, die nicht einfach umgangen werden können. So sind unter anderem dem Art. 14 AEUV sowie dem Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse ein Funktions- und Optimierungsgebot der Union in Bezug auf die Daseinsvorsorge zu entnehmen sowie das breite Ermessen, welches den Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer öffentlichen Leistungen zukommen. Eine besondere Leistung der Arbeit liegt in ihrem Querverweis auf die Wirtschafts- und Währungsunion: Die aktuelle Schuldenkrise verschärft nicht nur den Ziel- und Kompetenzkonflikt. Vor dem Hintergrund der Umbaumaßnahmen hin zu einer Europäischen Wirtschaftsregierung erscheint es auch umso dringender, normative Grenzen festzumachen.

Anschließend wird die sekundärrechtliche und gerichtliche Ausgestaltung sowie die Kommissionspraxis umfassend vorgestellt und analysiert. Das Ergebnis: Sowohl das bisherige Recht als auch die Almunia-Reform vermögen nicht den Konflikt bei der Regulierung der Finanzierung der Daseinsvorsorge vollständig aufzulösen. Dabei bietet die Almunia-Reform zwar gute Ansätze, um den Anbietern öffentlicher Leistungen das Leben zu vereinfachen. Viele Rechtsunsicherheiten bleiben jedoch bestehen oder alte Rechtsunsicherheiten werden durch neue Rechtsunsicherheiten ersetzt. Schwer wiegt zudem, dass die Kommission an einigen Stellen das mitgliedstaatliche Gestaltungsermessen über die Gebühr strapaziert und ihre Kompetenzen überschreitet.

Am Ende werden Handlungsempfehlungen abgegeben sowie die Ergebnisse in die übergeordnete Debatte überführt. Die Daseinsvorsorge ist ein gutes Beispiel für die aktuellen Unsicherheiten einer Wirtschafts- und Sozialverfassung der Europäischen Union, dessen Grundlagen noch umkämpft sind. Aus der normativen Vorarbeit zieht der Autor den Schluss: Auch in Zukunft und selbst im Falle einer verbesserten Legitimation muss die Kommission den Mitgliedstaaten weiterhin Freiräume belassen, in denen sie möglichst bürgernah agieren können. Schließlich sind die umsetzenden und beteiligten Akteure in den Mitgliedstaaten an der Rechtsgestaltung umfassend einzubinden.

# Inhaltsverzeichnis

<b><u>A. Einleitung</u></b>	<b>1</b>
<b><u>B. Das EU-Beihilfenrecht im Primärrecht</u></b>	<b>3</b>
<b>I. Die Ziellage des EU-Beihilfenrechts</b>	<b>3</b>
1. Das EU-Beihilfenrecht im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsverfassung	3
2. Das EU-Beihilfenrecht und das Wettbewerbskonzept	3
3. Das EU-Beihilfenrecht und Ziele der Wirtschaft- und Währungsunion	4
<b>II. Die Konfliktlage des EU-Beihilfenrechts</b>	<b>5</b>
1. Das EU-Beihilfenrecht im Konflikt mit Gemeinwohlinteressen	5
2. Das EU-Beihilfenrecht in einem kompetenzrechtlichen Konflikt	6
<b>III. Stellungnahme und Maßstab</b>	<b>7</b>
<b><u>C. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Primärrecht</u></b>	<b>8</b>
<b>I. Die Ziellage der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</b>	<b>8</b>
1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als besondere Güter	8
2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als ein positives Ziel	10
<b>II. Die Konfliktlage der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</b>	<b>11</b>
1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Konflikt mit dem Wettbewerb	11
2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in einem Kompetenzkonflikt	12
<b>III. Stellungnahme und Maßstab</b>	<b>14</b>
<b><u>D. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EU-Beihilfenrecht und die Almunia-Reform</u></b>	<b>17</b>
<b>I. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im bisherigen EU-Beihilfenrecht</b>	<b>17</b>
1. Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt Art 107 (1) AEUV	17
a) Die Begünstigung	17
b) Die Staatlichkeit der Mittel	18
c) Die Selektivität der Maßnahme	18
d) Die Verfälschung des Wettbewerbs	19
e) Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	19
f) De-minimis-Verordnung	20

2. Tatbestands- vs. Rechtfertigungslösung	20
3. Die Altmark-Trans-Kriterien	20
4. Das Monti-Paket	21
5. Das Verhältnis zwischen den Altmark-Trans-Kriterien und Art. 106 (2) AEUV	22
6. Auslegung der Altmark-Trans-Kriterien	22
a) Das 1. und 2. Altmark-Trans-Kriterium und der Betrauungsakt	22
b) Das dritte Altmark-Trans-Kriterium und die angemessene Ausgleichshöhe	24
c) Das vierte Altmark-Trans-Kriterium – Das Effizienzkriterium	25
7. BUPA-Rechtsprechung	26
8. Rechtsfolgen	27
9. Zwischenzeitliche Bestandsaufnahme – Eine Lösung des Ziel- und Kompetenzkonflikts?	29
<b>II. Die Almunia-Reform</b>	<b>32</b>
1. Konsultationsprozess, Rechtsgrundlage und Ziele	32
2. Rechtstexte	33
3. Neuerungen	33
a) DAWI-Klarstellungsmitteilung	33
b) DAWI-Freistellungsbeschluss n.F.	35
aa) Anwendungsbereich	35
bb) Sonstige Neuerungen insbesondere Berechnung des „angemessenen Gewinns“	37
c) DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F.	38
aa) Verfahrensbedingungen	38
bb) Die neue „net-avoided-cost-Methode“, der „angemessene Gewinn“ sowie neue Anforderungen an den Betrauungszeitraum	39
cc) Effizienzanreize	40
dd) Weitere Vorschriften im Falle außergewöhnlicher Wettbewerbsverzerrungen	42
d) DAWI-De-minimis-Verordnung	43
4. Gesamtbewertung – Eine Lösung des Ziel- und Kompetenzkonflikts?	44
<b>E. Fazit und Ausblick</b>	<b>45</b>

## A. Einleitung

Von der Elektrizität über die Wasserversorgung bis zu den Sozial- und Gesundheitsdiensten: Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in Deutschland besser bekannt als Leistungen der Daseinsvorsorge, sind alles andere als abstrakt, sondern für den Bürger in ihrer Gewährleistung existenziell. Aufgrund ihrer sozialen Dimension sollen sie dem Bürger so umfassend wie möglich und unter den besten Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Dadurch ergeben sich Spannungen im Wettbewerbsrecht, weil die Leistungen meist auf Märkten angeboten werden, auf denen der Anspruch besteht, andere Anbieter vor Verfälschungen seitens des Staates zu schützen.

Der Drahtseilakt zwischen dem Wettbewerb und den sozialpolitischen Erfordernissen findet auf einer europäischen Bühne statt, denn die Bemühungen um die Schaffung des EU-Binnenmarktes haben die Europäische Kommission als höchste Kontrollbehörde etabliert. Die Europäisierung des Wettbewerbs trifft auf eine national zu verortende Gewährleistungs- bzw. Daseinsverantwortung: Es sind die Mitgliedstaaten, die auf den Märkten agieren, sei es durch eigene Unternehmen oder die Finanzierung von privatwirtschaftlichen Trägern. In den Fokus rückt damit das auf die Mitgliedstaaten zugeschnittene Europäische Beihilfenrecht, welches den Konflikt austragen muss. Dieser Konflikt besteht dann nicht nur aus einem Zielkonflikt. Vor allem treffen Kompetenzen aufeinander: Der europäische Anspruch auf einen funktionierenden Binnenmarkt einerseits und die mitgliedstaatlichen Schutzinteressen und Rechtstraditionen andererseits.

Dieser Ziel- und Kompetenzkonflikt verschärft sich in einer Zeit, in der sich die öffentlichen Haushalte in der Europäischen Union und speziell in der Eurozone in einer Krise befinden. Dabei sind es nicht nur die unter den Druck der Finanzmärkte geratenden Krisenländer, bei denen soziale Verwerfungen auftreten. Auch in den vermeintlich gesunden Mitgliedstaaten werden aufgrund demographischer Entwicklungen sowie ebenfalls verschuldeter Haushalte öffentliche Leistungen zunehmend in Frage gestellt. Es scheint nicht überraschend, dass die Europäische Kommission bei ihrem Kampf um eine effektivere Europäische Wirtschaftsregierung auch das

Beihilfenrecht neu für sich entdeckt und reformieren will. Denn es bietet ein vergleichsweise scharfes Instrument zur Kontrolle mitgliedstaatlicher Ausgabenpolitik.

In diese Großwetterlage ist die am 11. Januar 2012 in Kraft getretene Reform einzuordnen, welche die Kommission mit ihrem Wettbewerbskommissar Joaquín Almunia zur Neubestimmung der Möglichkeiten und Grenzen der mitgliedstaatlichen Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durchgesetzt hat.<sup>1</sup> Dabei baut die „Almunia-Reform“ auf eine umfassende Rechtspraxis auf, die der EuGH und die Kommission in der Vergangenheit entwickelt haben. Vor allem das nun zehn Jahre zurückliegende Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark Trans<sup>2</sup> hatte für viel Aufsehen gesorgt und 2005 mit dem sogenannten „Monti-Paket“ notwendige Konkretisierungen des damaligen Wettbewerbskommissars Mario Monti nach sich gezogen. Ziel des „Monti-Pakets“ war es, die entstandenen Unsicherheiten aus dem Weg zu räumen und für mehr Klarheit bei den Anbietern der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu sorgen.<sup>3</sup> Die nun acht Jahre später erfolgte „Almunia-Reform“ reiht sich hier zunächst ein. Auch bei der „Almunia-Reform“ besteht der Anspruch, die Beihilfenormen für den Rechtsanwender zu erleichtern. Neben dem Ziel der klareren Normgestaltung stellt die Kommission die Reform jedoch in den Kontext der Finanz- und Schuldenkrise und versucht neue Akzente zu setzen. Dabei betont die Kommission nicht nur die Bedeutung der Daseinsvorsorgeleistungen für die soziale Abfederung von Krisen, sondern auch die Notwendigkeit einer effizienteren und sparsameren Finanzführung der Mitgliedstaaten.

Vor diesem Hintergrund ist es gewinnbringend, die „Almunia-Reform“ auf einen umfassenden normativen, d.h. rechtlichen und letztlich legitimatorischen Boden zu stellen. Mit anderen Worten ist es notwendig, einen

<sup>1</sup> Unter anderem Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der EU auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von DAWI-Leistungen, 2012/C8/02, ABl. L 8/4 v. 11.1.2012. Siehe zu den weiteren Rechtstexten unten Teil D.II.2.

<sup>2</sup> EuGH, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747.

<sup>3</sup> Unter anderem Kommission, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 (2) EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. Nr. L 312/67, vom 29.11.2005. Sie zu den weiteren Rechtstexten unten Teil D.I.4.

Schritt zurück zu gehen und den Verlauf der Ziel- und Kompetenzgrenzen der Europäischen Wettbewerbspolitik im Bereich der Daseinsvorsorge zu bestimmen. Nur so lassen sich übergeordnete Erkenntnisse gewinnen, die zu einer umfassenden Bewertung jenseits einer reinen Deskription der Rechtslage beitragen. Die aktuellen Veränderungen in der Europäischen Union rund um ihren Kern der Wirtschafts- und Währungsunion zeigen den dynamischen Charakter des Europarechts, der nicht ignoriert werden kann. Die Durchdringung der Europäischen Wirtschaftsregeln im Bereich der Daseinsvorsorge veranschaulicht dann beispielhaft, wie eine sich im Entstehen befindende Wirtschafts- und Sozialverfassung der Europäischen Union genau aussehen kann bzw. sollte. Denn die Verfassungswirklichkeit der EU entspringt nicht einer *tabula rasa*, sondern ist im erheblichen Maße auf normative Vorarbeiten angewiesen. Dies aufzudecken, gleichzeitig aber auf konkreten Handlungsbedarf hinzuweisen, das ist der spezifische interdisziplinäre Beitrag der Rechtswissenschaft in der Debatte.<sup>4</sup>

Die folgende Arbeit wählt das Primärrecht als Ausgangspunkt zur Bewertung der bisherigen Rechtslage sowie der Almunia-Reform. So kann unter der jetzigen Vertragslage ein Maßstab festgemacht werden, unter dem die Almunia-Reform sinnvoll betrachtet werden kann. Während Teil B die vertragliche Verankerung des Beihilfenrechts herausarbeitet und das Beihilfenrecht in seiner teleologischen Grund- und Konfliktlage verortet, geht Teil C auf die vertragliche Stellung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein und analysiert auch hier die Ziel- und Konfliktlage. Insbesondere gilt es danach zu fragen, inwiefern der Lissabonner Vertrag die Wertung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Daseinsvorsorge und dem Wettbewerb verändert haben könnte. Vor allem der Art. 14 AEUV sowie das neue Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse sowie das neue Bekenntnis in Art. 3 (3) EUV zur sozialen Marktwirtschaft sind näher in den Blick zu nehmen. Nachdem sich der Autor jeweils am Ende des Kapitels mit einer Stellungnahme positioniert und einen eigenen Maßstab entwickelt, analysiert Teil D dann die konkrete gerichtliche sowie sekundärrechtliche Ausgestaltung der Finanzierungsmöglichkeiten der

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Beihilfenrecht. Dabei stellt Teil D.I. die bisherige Rechtslage nach dem Altmark-Trans-Urteil und dem Monti-Paket vor, um eine Zwischenbewertung vorzunehmen. Anschließend kann in Teil D.II. sinnvoll die „Almunia-Reform“ in den Fokus genommen werden. Insbesondere lassen sich so die Neuerungen gegenüber der bisherigen Rechtslage besser herausarbeiten. Die Frage lautet am Ende: Ordnet sich die Almunia-Reform sinnvoll in den vertraglichen Rahmen ein und ergibt sich ein schlüssiges Nachfolgekonzzept zum „Monti-Paket“ sowie eine Lösung des vertraglich angelegten Ziel- und Kompetenzkonfliktes. Vor diesem Hintergrund sollen in Teil E die Ergebnisse in die übergeordnete Debatte überführt werden.

<sup>4</sup> Vgl. Von Bogdandy, Rechtswissenschaftliche Konzepte zum europäischen Integrationsprozess, in: Loth/Wessels, 2001, S.107-146.

## B. Das EU-Beihilfenrecht im Primärrecht

### I. Die Ziellage des EU-Beihilfenrechts

#### 1. Das EU-Beihilfenrecht im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsverfassung

Das Beihilfenrecht hat seine Grundlagen in Art. 107ff. AEUV. Von der systematischen Zuordnung im Vertrag lässt sich bereits das Ziel des Wettbewerbsschutzes ablesen. Der Wettbewerbsschutz ist Teil einer Europäischen Wirtschaftsverfassung, die zentral auf die Errichtung des Binnenmarktes in Art. 3 (3) S. 1 EUV gerichtet ist.<sup>5</sup> Das Wettbewerbsrecht ist vom Binnenmarkt nicht nur in Hinblick auf die Rechtsangleichung umfasst, sondern trägt zu dessen Verwirklichung bei.<sup>6</sup> Der Art. 3 (1) lit. b AEUV bestätigt diesen Zusammenhang, indem er der EU die ausschließliche Zuständigkeit für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ zuweist. Das Beihilfenrecht bedient sich zur Schaffung eines Binnenmarktes einem konsequenten und weiten Verbotstatbestand. Vom Begriff der Beihilfe ist jede Begünstigung aus staatlichen Mitteln erfasst, die das Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen im Wettbewerb besser stellt. Damit fallen nicht nur rein positive Beihilfen in Form von Zuwendungen und klassischen Subventionen, sondern grundsätzlich auch negative Beihilfen etwa in Form von Abgabemilderungen unter den Art. 107 (1) AEUV. Auch werden an die sonstigen Tatbestandserfordernisse, wie etwa die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, keine hohen Anforderungen gestellt. Dabei ist deutlich, dass das Beihilfenrecht einerseits einen weiten Eingriffstatbestand kennt und damit potentiell viele Ausgaben- und Förderpraktiken der Mitgliedstaaten unter Rechtfertigungszwang stellt. Andererseits ist mit dem Wettbewerbschutz, der im Zusammenhang zum Binnenmarkt steht, ein erster teleologischer Rahmen erkennbar.

<sup>5</sup> Vgl. zur Wirtschaftsverfassung Nowak, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in: EuR 2009 Beiheft 1, S.143ff.

<sup>6</sup> Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, C.I. Rnd. 10.

#### 2. Das EU-Beihilfenrecht und das Wettbewerbskonzept

Um abschließend die Grundlagen des Beihilfenrechts bestimmen zu können, bietet es sich an, genauer nach dem zugrunde gelegten Wettbewerbskonzept zu fragen.<sup>7</sup> Leider gibt es keine Legaldefinition, was unter Wettbewerb und dessen Beeinträchtigung genau zu verstehen ist.<sup>8</sup> In den Wirtschaftswissenschaften wird Wettbewerb allgemein definiert als ein rivalisierendes Streben mehrerer Wirtschaftssubjekte als Anbieter oder Nachfrager auf konkreten Märkten, durch bestimmte Aktivitäten einen größeren Erfolg als die Rivalen zu erzielen.<sup>9</sup> Dem Wettbewerb werden mehrere Funktionen zugeschrieben, wobei es in erster Linie um eine optimale Ressourcenallokation geht, d.h. dass der Wettbewerb grundsätzlich zu einer bestmöglichen Verwendung von Arbeit, Kapital und Boden führen soll. Der Wettbewerb soll bessere Waren- und Dienstleistungen zu besseren Preisen hervorbringen und damit dem Verbraucher dienen.<sup>10</sup> Das Beihilfenrecht soll gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten den Wettbewerb nicht durch Eingriffe verfälschen. In der EuGH-Rechtsprechung und Kommissionspraxis hat sich etabliert, sehr schnell von einer Wettbewerbsverfälschung auf Ebene des Tatbestandes auszugehen. In der Regel reicht es aus, wenn die Beihilfe die Position des begünstigten Unternehmens gegenüber anderen verstärkt.<sup>11</sup> Dies entspricht letztlich einem in der Wettbewerbstheorie als *effect on rivals* bekannten Ansatz des Ordoliberalismus, bei dem die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Wettbewerbsteilnehmer *ex ante* Fairness ermöglichen soll.<sup>12</sup> Dies ist eng mit der von der Kommission immer wieder betonten Idee eines *level playing field* verbunden, bei der grundsätzlich alle Beihilfen verboten sind, sofern die relativen Wettbewerbspositionen verändert werden. Wohlfahrtstheoretisch geht der Ansatz davon aus, dass, je stärker die Beihilfe die Wettbewerbsposition der Konkurrenten verschlechtert, desto wahrscheinlicher der Marktaustritt der Konkurrenten in der langen Sicht ist, was wiederum die

<sup>7</sup> Koppmann, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, S. 32.

<sup>8</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, S. 512.

<sup>9</sup> Olten, Wettbewerbstheorie und -politik, S. 14.

<sup>10</sup> Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2011, S.13.

<sup>11</sup> Zum Beispiel EuGH, C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Rnd. 30.

<sup>12</sup> Biondi/Eeckhout, State Aid and Obstacles to Trade, in: Biondi/Eeckhout/Flynn, S.103ff.

Marktversorgung und Konsumentenwohl­fah­rt verschlechtert.<sup>13</sup>

Zur Begründung der Notwendigkeit einer europäischen Beihilfenkontrolle der Kommission wird die ökonomische Theorie der strategischen Handelspolitik hinzugezogen.<sup>14</sup> Die Idee ist, dass die Staaten selber in einem Wettbewerb um internationales Kapital und Unternehmen stehen. So können die nationalen Regierungen durch eine Beihilfenpolitik gezielt inländische Unternehmen fördern, um diese in eine vorteilhafte Marktposition zu bringen und Produktionsrenten in das Inland zu verlagern.<sup>15</sup> Kontroll- und Informationsdefizite und innenpolitischer Druck führen dann zu einem Gefangendilemma: Obwohl die Regierungen wissen, dass die Praxis letztlich zu schädlichen Subventionswettläufen und Standortwettbewerben führt, können sie ihre Politik nicht ändern. Eine Richtung der Ökonomie kritisiert dieses Verständnis einer Beihilfenkontrolle als allzu zentralistisch und zudem ignorant gegenüber den positiven Wirkungen eines interjurisdiktionellen Wettbewerbs.<sup>16</sup> Die Rechtswissenschaft kann nur Zurückhaltung üben und muss auf den Willen der Vertragsväter bauen, die von den grundsätzlich positiven Wirkungen einer Beihilfenkontrolle überzeugt waren.

Die Ausführungen zeigen am Ende, dass sich aus der Theorie der strategischen Handelspolitik so etwas wie einen Sinn bzw. einen Teleos des Beihilfenrechts als eine Art rationale Selbstbindung der Mitgliedstaaten ablesen lässt, welche auf die Verhinderung von Subventionswettläufen abzielt. Gleichzeitig ist damit ein Wettbewerbskonzept verbunden, dass nicht sämtliche Ausgaben der Mitgliedstaaten unter Kontrolle stellen will, sondern nur jene, die im Zusammenhang zum Binnenmarkt stehen. Zwar sind die Grenzen dieses Wettbewerbskonzeptes im Einzelfall schwer zu bestimmen. Im Zweifel muss dieses dann aber anhand der sekundärrechtlichen Ausgestaltung oder der weiteren Kommissionspraxis auch im Fall der Almunia-Reform konkret nachvollzogen werden.

### 3. Das EU-Beihilfenrecht und Ziele der Wirtschafts- und Währungsunion

Bei einer Zielanalyse des Beihilfenrechts fällt in jüngster Zeit die Wirtschafts- und Währungsunion in den Blick. So führte die Kommission in ihrem Modernisierungsplan vom Mai 2012 an, dass das Beihilfenrecht eine Rolle im Rahmen der EU-Agenda zur Überwindung der Finanzkrise spiele und mit den Mitteln der Beihilfenpolitik wirtschaftlicher Aufschwung, Wettbewerbsfähigkeit, Beschäftigung und Wachstum gefördert werden müsse.<sup>17</sup> Neben dem Ziel der Förderung von intelligentem, nachhaltigem und integrativem Wachstum, müsse das Beihilfenrecht auch einen Beitrag dazu leisten, Steuergelder im Umfeld von Budgetbeschränkungen besser einzusetzen.<sup>18</sup> Um die Mitgliedstaaten bei ihrer Haushaltskonsolidierung zu unterstützen, will die Kommission die Qualität und die Effizienz der Beihilfen verbessern. Die Erkenntnisse der Beihilfenkontrolle sollen im Rahmen der wirtschaftspolitischen Koordinierung in die länderspezifischen Empfehlungen für strukturelle Reformen aufgenommen werden, welche die Kommission im sogenannten „Europäischen Semesters“ jährlich an die Mitgliedstaaten richtet.<sup>19</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass das System der Wirtschafts- und Währungsunion den Willen trägt, einen Ausgleich zwischen mitgliedstaatlicher Haushaltssouveränität und wirtschaftspolitischer Freiheit auf der einen Seite und der aus den Externalitäten einer Staatsverschuldung innerhalb einer Währungsunion begründeten Notwendigkeit fiskalischer Regeln und Formen der wirtschaftspolitischen Koordinierung auf der anderen Seite zu schlagen. Dazu hat das System der WWU abschließend ein korrektiv wirkendes Defizitverfahren in Art. 126 AEUV sowie präventive Vorschriften zur allgemeinen Koordinierung der Wirtschaftspolitiken und der multilateralen Überwachung in Art. 120-121 AEUV installiert, welche durch den besser bekannten Stabilitäts- und Wachstumspakt sekundärrechtlich ausgeformt werden. Während das Defizitverfahren Sanktionen bereithält, haben die Empfehlungen im Rahmen der präventiven Überwachung lediglich politischen und koordinierenden Charakter. Gleichwohl ha-

<sup>13</sup> Staiger, Die Kontrolle staatlicher Beihilfen – Ökonomische Analyse, S. 208.

<sup>14</sup> Ebd., S. 44.

<sup>15</sup> Haucap/Schwalbe, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3. B. Einleitung, Rnd. 39.

<sup>16</sup> Jaenichen/Söllner, Die Ausweitungstendenz der EU-Beihilfenkontrolle, in: Pfahler/Thuay, 2006, S. 261ff.

<sup>17</sup> Staiger, Die Kontrolle staatlicher Beihilfen – Ökonomische Analyse, S. 355ff.

<sup>17</sup> Kommission, Mitteilung über die Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, KOM [2012] 209 endg., S. 4ff.

<sup>18</sup> Plank/Walch, State Aid Modernisation, in: EuZW 2012, S. 613.

<sup>19</sup> Kullas/Hohmann, Reform des EU-Beihilfenrecht, CEP Analyse Nr. 50/2012, S. 2.

ben die dramatischen Krisenerscheinungen durch die Finanz- und Schuldenkrise in der Eurozone eine Reform notwendig gemacht: Im Rahmen des sogenannten *six-packs* und *two packs* sowie des außervertraglichen Fiskalpaktes wollen der Unionsgesetzgeber sowie die Euro-Plus-Vertragsstaaten zu härteren fiskalischen Regeln und einer besseren wirtschaftspolitischen Koordinierung kommen.<sup>20</sup> Im Rahmen dieser Bemühungen rückt das Beihilfenrecht vermehrt in den Blickpunkt der Kommission. Auch die Almunia-Reform wurde in den Kontext der Ziele der Wirtschafts- und Währungsunion gestellt, indem das Ziel der Ausgabenreduzierung der Mitgliedstaaten als Teil der Bekämpfung der Schuldenkrise genannt wurde.<sup>21</sup> Am Ende muss aber festgehalten werden, dass die Grundlagen des Beihilfenrechts nicht in der Wirtschafts- und Währungsunion zu suchen sind. Dabei ist die Kommission zwar grundsätzlich befugt, mit dem Beihilfenrecht andere Ziele jenseits des Wettbewerbs zu verfolgen. Dies darf aber nicht dazu führen, dass andere Wertungen des Vertrages umgangen werden.

## II. Die Konfliktlage des EU-Beihilfenrechts

### 1. Das EU-Beihilfenrecht im Konflikt mit Gemeinwohlinteressen

Der seit Lissabon eingeführte Art. 3 (3) S.2 EU setzt der Union das Ziel einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen soziale[n] Marktwirtschaft“. Damit wird die soziale Komponente des Wettbewerbs betont.<sup>22</sup> Gleichzeitig finden sich eine Reihe weiterer Ziele im Art. 3 (3) S.2 EUV, die zwar in einem Zusammenhang mit dem Ziel des Wettbewerbs stehen, aber offenbar einen Sondercharakter haben. Unter anderem fördert die Europäische Union den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 3 (5) EUV). In der Literatur ist umstritten, ob man *a priori* zu einer Abstufungsentscheidung zwischen den

Zielen kommen kann.<sup>23</sup> Das Beihilfenrecht installiert in einem komplizierten System Ausnahmen, die entweder bereits vordefiniert oder durch den Rat eingefügt werden können. Die Kommission kann die Zielrichtungen des Rates durch eigene Verordnungen weiter ausformen.

Das Ausnahmesystem zeigt, dass die Unionsgesetzgeber von sogenannten „guten und schlechten Beihilfen“ ausgehen.<sup>24</sup> Die Kommission erklärt dies ökonomisch und zieht die Theorie des Marktversagens heran.<sup>25</sup> Danach können aufgrund der Natur der Güter (z.B. natürliche Monopole) oder Informationsdefiziten (z.B. Verbraucherschutz) Beihilfen gerechtfertigt sein, um Wettbewerb und eine optimale Allokation auf dem Markt überhaupt erst zu ermöglichen. Ferner kann es sein, dass Marktaktivitäten durch mangelnde Eigentumsrechte externe Effekte verüben, die positiv oder negativ sein können, aber nicht durch den Preis als Allokationsmechanismus abgebildet werden (z.B. Umwelt). In diesem Fall können Beihilfen Kosten „internalisieren“.<sup>26</sup> Jüngste Reformbemühungen verstärken die Tendenz, „gute Beihilfen“ zu ermöglichen und von einem strikten und undifferenzierten Beihilfeverbot abzusehen. So sah der „Aktionsplan staatliche Beihilfen“ der Kommission vom Juni 2005 eine „stärker wirtschaftsbezogene Betrachtungsweise“ (*more economic approach*) vor.<sup>27</sup> Auch der jüngste Modernisierungsplan der Kommission vom Mai 2012 möchte vermehrt „gute Beihilfen“ zulassen.<sup>28</sup> Dies legt nahe, dass das sogenannte ordoliberalen Wettbewerbskonzept durch Elemente eines verstärkt differenzierten neoklassischen Modells der Kon-

<sup>20</sup> Für eine Übersicht über die entsprechenden Rechtstexte siehe Europäische Kommission, Seite des Wirtschafts- und Finanzkommissars, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/sgp/legal\\_texts/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/legal_texts/index_en.htm).

<sup>21</sup> Kommission, Mitteilung der Kommission u.a. an das Europäische Parlament über die Reform der EU-Beihilfevorschriften über DAWI-Leistungen, KOM(2011) 146 endg., S. 6.

<sup>22</sup> Koppmann, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, S. 31.

<sup>23</sup> Nowak, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in: EuR 2009 Beiheft 1, S. 129ff.

<sup>24</sup> Siehe auch von Wallenberg/Schütte, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 107 AEUV, Rnd. 129ff., Den Begriff von „guten und schlechten Beihilfen“ führt die Kommission nicht direkt. Sie sprach zunächst von „besseren Beihilfen“, führte jüngst aber ausdrücklich den Begriff der „guten Beihilfen“ ein; Siehe u.a. Kommission, Mitteilung über die Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, KOM [2012] 209 endg., S. 4.

<sup>25</sup> Haucap/Schwalbe, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Einl. B., Rnd. 90ff.

<sup>26</sup> Eine Zusammenschau bietet Haucap/Schwalbe, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Einl. B. Rnd. 43ff.

<sup>27</sup> Im Mittelpunkt der Ökonomisierung steht hier eine Abwägungsprüfung im Rahmen von Art. 107 (3) AEUV, Kommission, Aktionsplan staatliche Beihilfen, KOM (2005) 107 endgültig, vom 07.06.2005.

<sup>28</sup> Kommission, Mitteilung über die Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, KOM [2012] 209 endg.

umentenwohlfahrt erweitert wird.<sup>29</sup> Die Beurteilung anhand ökonomischer Kontrollkriterien findet Eingang in einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der die komplexe Umwelt von Beihilfen mit ihren Zielen und ihren Wirkungen bewertet werden müssen.<sup>30</sup>

Die scheinbare ökonomische Rationalität einer Theorie des Marktversagens kann nicht verdecken, dass es sich um eine schwierige Abwägung handelt, die durch die Ausnahmebestimmungen Eintritt in die Entscheidungspraxis findet.<sup>31</sup> Tatsächlich ergibt sich ein Zielkonflikt, der nicht einfach aufgelöst werden kann. Das Abstellen auf einen Wohlstandsstandart und nicht nur auf klar zu erkennende Verbotstatbestände einer Beihilfe führt zu Einzelfallentscheidungen und stellt die Generalabteilung Wettbewerb der Europäischen Kommission vor eine erhebliche Herausforderung.<sup>32</sup> Die Anerkennung dieser Konfliktlage schärft den Blick für die inhärenten ordnungspolitischen Fragen des Beihilfenrechts, die sich später bei der Almunia-Reform stellen werden.

## 2. Das EU-Beihilfenrecht in einem Kompetenzkonflikt

Der besondere Charakter des Beihilfenrechts als eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Subventionsordnung, die besondere Nähe zu den Zielen der Wirtschafts- und Währungsunion sowie die inhärenten komplizierten Abwägungsentscheidungen im Rahmen eines neoklassischen Wettbewerbsmodells haben bereits auf den zweiten Grundkonflikt im Beihilfenrecht hingedeutet: So läuft die Kommission Gefahr mit ihrer unbeschränkten Kompetenz im Rahmen des Wettbewerbs in wirtschaftliche und fiskalpolitische Souveränitätsfelder der Mitgliedsstaaten einzugreifen und gestalterisch tätig zu werden, obwohl ihr das nicht gestattet ist, was durch Art. 5 (1) AEUV i.V.m. Art. 119 AEUV zum Ausdruck kommt.<sup>33</sup> Im Beihilfenrecht verschärft sich der Kompetenzstreit durch den weiten Beihilfegriff und der gleichzeitigen Möglichkeit, auf

der Rechtfertigungsebene abstrakt-generelle und detaillierte Regelungen über die Konditionen einer Ausnahme vom Beihilfeverbot zu erlassen. Dies wird durch die komplizierten ökonomischen Zusammenhänge im Beihilfenrecht noch verstärkt, aufgrund derer sich die Richter gezwungen sehen, der Kommission ein Ermessen einzuräumen.<sup>34</sup> Damit tut sich ein weites kompetenzrechtliches Streitfeld auf.

Als grundsätzlicher Maßstab gilt dann das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung i.S.d. Art. 5 (2) i.V.m. Art. 13 (2) S.1 EUV, wonach die Union nicht die Kompetenz-Kompetenz besitzt und sowohl die Union als Ganzes als auch die einzelnen Organe eine eigenständige vertragliche Ermächtigungsnorm bedürfen. Dabei wird der Union zwar eine Tendenz zur Besitzstandswahrung und eine wirksame Kompetenzauslegung eingeräumt.<sup>35</sup> In der Vergangenheit hatte aber der EuGH den Willen gezeigt, notfalls die Unionsorgane in ihre Kompetenzschränken zu weisen.<sup>36</sup> Damit lässt sich festhalten, dass die geschilderten teleologischen Grenzen des Beihilfenrechts notfalls gerichtlich eingeklagt werden und dem EuGH zur Klärung vorgelegt werden können.

Daneben müssen die sogenannten Kompetenzausübungsschränken heran gezogen werden. Während das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 (3) EUV aufgrund der ausschließlichen Kompetenz des Art. 3 (1) lit. b AEUV leider nicht auf das Beihilfenrecht anwendbar ist, leitet sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Art. 5 (4) AEUV ab, dass die Union und die Europäische Kommission schonend vorgehen und die Maßnahmen als geeignet und erforderlich hinsichtlich ihres Zweckes eingestuft werden müssen. In einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt es nicht nur materiell-rechtlich danach zu fragen, inwiefern Ausnahmen vom Beihilfeverbot aufgrund anderer Gemeinwohlinteressen als zulässig erachtet werden können. Vielmehr müssen auch kompetenzrechtliche Fragen in ausreichender Weise gewürdigt werden.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Die Differenzierung findet sich u.a. bei Baton, Social Services of general interest: the case for greater harmonisation of the competition and public procurement rules, in: ELR 2012, S. 587.

<sup>30</sup> Bührle, Gründe und Grenzen des EG-Beihilfenverbots, S. 351ff.

<sup>31</sup> Immenga, Beihilfenkontrolle – Ein Spagat zwischen Gemeinwohl und Wettbewerbsschutz?, in: EuZW 2011, S. 729ff.

<sup>32</sup> Ebd., S. 730.

<sup>33</sup> Koppmann, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, S. 60ff.

<sup>34</sup> Zum Beispiel EuGH, Rs 56/93, Belgien/Kommission, Slg. 1996, I-723, Rnd. 11.

<sup>35</sup> Siehe BVerfG, Entscheidung vom 30.6.2009, Lissabon, 2 BvE 2/08, Rnd. 237 sowie BVerfG, Entscheidung vom 06.07.2010, Mangold, BvR 2661/06, Rnd. 61.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. 376/98, Deutschland/EP und Rat – Tabakwerbeverbot, Slg. 2000, I-8419, Rnd. 83f.

<sup>37</sup> Bührle, Gründe und Grenzen des EG-Beihilfenverbots, S. 355.

### III. Stellungnahme und Maßstab

Die obigen Ausführungen zeigen, dass das Beihilfenrechts eine Sonderrolle zwischen Wettbewerbs- sowie Wirtschaftspolitik einnimmt. Dabei hat die Union jedoch nicht die Kompetenz zu einer gestalterischen Wirtschaftspolitik, was sich insbesondere aus Art. 5 (1) AEUV i.V.m. Art. 119 AEUV ergibt. Es wäre eine Art rechtspolitischer Fehlschluss von den Erfordernissen der Wirtschafts- und Währungsunion auf eine Ausweitung des Beihilfenrechts zu schließen. Auch wenn die Konturen nicht eindeutig sein mögen, ist mit dem Binnenmarkt und dem Wettbewerbsverweis ein teleologischer Rahmen feststellbar.<sup>38</sup> Der geschützte Wettbewerb steht in einem Zusammenhang zum Binnenmarkt und zielt auf die Verhinderung eines Subventionswettbewerbs. Zwar ist anzuerkennen, dass es im Rahmen eines neoklassischen Wettbewerbskonzeptes zu differenzierteren Abwägungsentscheidungen auf Ebene der Rechtfertigung kommen muss. Zudem betont die Kommission vom Anspruch her, dass der *new economic approach* dazu diene, sich nur auf die größeren und wirklich binnenmarktrelevanten Fälle zu konzentrieren.<sup>39</sup> Problematisch sind diese Abwägungen jedoch, wenn sie zu einer Ausweitung der Kontrolle zugunsten komplexer Vorgaben auf Seiten der Ausnahmetatbestände führen, die letztlich Teil einer gestalterischen Wirtschaftspolitik werden. Deswegen empfiehlt sich eine sinnvolle Beschränkung des Tatbestandes, um so ein schlüssiges Gesamtkonzept und einen Schutz vor einer ausufernden Beihilfenkontrolle zu erreichen.<sup>40</sup> Weitere wie auch immer rechtspolitisch zu begründende institutionelle Veränderungen hin zu einer umfassenderen Europäischen Wirtschafts- und Fiskalpolitik brauchen eine Vertragsveränderung. Die Verwendung der beihilfenrechtlichen Erkenntnisse im Rahmen des Europäischen Semesters den Mitgliedsstaaten als Empfehlung an die Hand zu reichen erscheint noch legitim. Das Beihilfenrecht unabhängig des wettbewerblichen Binnenmarktverweises für eine Europäische Wirtschaftspolitik zu verwenden und staatliche Ausgabenpolitik über das Defizitverfahren hinaus zu kontrollieren, sprengt aber den Rahmen des Vertrages. Damit sind der bei-

hilfenrechtlichen Kontroll- und Regelungskompetenz durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung Grenzen gesetzt, die dann konkret austariert werden müssen. Das dargestellte Spannungsfeld zwischen Gemeinwohlinteressen und dem Ziel eines strikten Beihilfeverbotes einerseits und den Kompetenzfragen zwischen einer Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, welches das Beihilfenrecht im Vertrag umgibt, schlägt sich dann auf die Dienstleistungen mit allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch. Denn die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallen durch den weiten Beihilfenbegriff ebenfalls unter den Zugriff der Europäischen Kontrolle. Zwar müssen für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die spezifischen vertraglichen Grundlagen eigenständig herausgearbeitet und interpretiert werden. Für die spätere Bewertung der Almunia-Reform schärft die obige Ziel- und Kompetenzverortung jedoch den Blick auf die primärrechtlich angelegten Grundprobleme.

<sup>38</sup> So auch Bartosch, *The more Refined Economic Approach*, in: *ESTAL* 4/2007, S. 587f.

<sup>39</sup> Kommission, *Aktionsplan staatliche Beihilfen*, KOM (2005) 107 endgültig, vom 07.06.2005.

<sup>40</sup> So auch Bührle, *Gründe und Grenzen des EG-Beihilfenverbots*, S. 355f.

## C. Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Primärrecht

### I. Die Ziellage der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

#### 1. Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als besondere Güter

Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind nicht einheitlich im Europarecht definiert. Schwierigkeiten bereiten ähnliche Begriffe wie „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“, „öffentlicher Dienst“, „Universaldienst“ oder „gemeinwohlorientierter Leistungen“, die in den unterschiedlichen Rechtstexten geführt werden. Hinzu treten nationalrechtliche Konzepte wie in Deutschland die „Daseinsvorsorge“, in Frankreich die „service public“, in England die „services of general interest“ oder in Polen die „zadanie publiczne“, die Überschneidungen haben, aber in unterschiedlichen Rechtstraditionen eingebettet sind und in ihrer Ausgestaltung voneinander abweichen.<sup>41</sup> Entscheidend im Europarecht bleibt jedoch der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (im Folgenden die Abkürzung der DAWI-Leistungen oder DAWI<sup>42</sup>), der mit dem Art. 106 (2) AEUV in die erste Fassung des EWG-Vertrages aufgenommen wurde. Der Artikel war letztlich ein Kompromiss zwischen den mediterranen Ländern, die eine Anerkennung öffentlicher Unternehmen im EWG-Vertrag forderten und Deutschland und den Benelux-Ländern, die gegen eine Bevorzugung des öffentlichen Sektors eintraten.<sup>43</sup> Der Artikel stellt klar, dass grundsätzlich öffentliche Unternehmen an das Grundfrei-

heitsrecht und die Wettbewerbsregeln gebunden sind (Abs. 1). Gleichzeitig belässt die Norm aber die Möglichkeit, das Unternehmen, die mit DAWI-Leistungen betraut sind, von den Grundfreiheits- und Wettbewerbsregeln befreit werden, soweit die Vorschriften die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge verhindern (Abs. 2 Satz 1). In Art. 106 (2) S.2 AEUV wird sogleich eine spezielle Verhältnismäßigkeitsprüfung (oder Schranken-Schranke) eingeführt, nach der die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln den Entwicklungen des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen darf, das dem Interesse der Union zuwiderläuft. Das wesentliche Kriterium zur Bestimmung der DAWI-Leistung ist das „allgemeine wirtschaftliche Interesse“.<sup>44</sup> Der Tatbestandteil der „Dienstleistungen“ ist nicht mit dem Begriff der Dienstleistung in Art. 34ff. AEUV zu verwechseln und hat keinen eigenen Wert, da unter die DAWI zum Beispiel auch die Versorgung mit Waren oder sonstigen Sachleistungen wie etwa Strom zählen können.

Der EuGH hat keinen klaren Prüfbegriff vom „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, wenngleich er Umschreibungen eingeführt hat.<sup>45</sup> So hat er einen französischen Postdienst als im „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ stehend gekennzeichnet, da dies mit „der Verpflichtung verbunden war, die Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs sicherzustellen.“<sup>46</sup> Es geht darum, dass die Tätigkeit gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale aufweist, welche die staatliche Gewährleistung ihrer Erbringung rechtfertigen.<sup>47</sup> Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind marktfähige Güter, die in entscheidender Weise mit anderen sozialpolitischen Zielen verwoben sind. Sie werden „meritorisiert“ in dem Sinne, dass es um die Gewährleistung politisch erwünschter Zugangschancen, Nutzungsweisen und Ergebnisse geht.<sup>48</sup> Ein zentraler

<sup>41</sup> Siehe Krautscheid, Daseinsvorsorge im Spannungsverhältnis, S. 315ff. Eine klassische Einordnung in den deutschen Begriff der Daseinsvorsorge unternimmt, Rinken, Die kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld, in: Mehde/Ramsauer/Seckelmann, S. 279ff.

<sup>42</sup> Die Abkürzung der DAWI kann zwar zusätzlich Verwirrung stiften. Aus pragmatischen Gründen wird sie hier aber verwendet. Für den Einwand Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 37 (Fn. 37).

<sup>43</sup> Dies lässt sich historisch erklären: 1. In den nördlichen Ländern war der öffentliche Sektor weniger ausgeprägt als in den romanischen Ländern. 2. Die Institutionalisierung des Subsidiaritätsgedankens etwa in Form der freien Wohlfahrtspflege war und ist viel verbreiteter in Deutschland als zum Beispiel in Frankreich. Siehe Bahle, Wege zum Dienstleistungsstaat, S. 145, sowie Rock, Wohlfahrt im Wettbewerb, S. 18ff.

<sup>44</sup> Jung, in: Callies/Ruffert, Art. 106 AEUV, Rnd. 36.

<sup>45</sup> Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 67.

<sup>46</sup> EuGH, C-320/91, Corbeua, 19.05.1993, Slg. 1993, I-2533, Rnd. 15.

<sup>47</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge, S. 39.

<sup>48</sup> Schulz-Nieswandt, Europäisierung der sozialen Daseinsvorsorge, S. 92.

Gedanke, der hier unter anderem zum Ausdruck kommt und die Ausnahmestellung der DAWI begründet, ist das Phänomen der „Rosinenpickerei“ oder auch des *cherry pickings*.<sup>49</sup> Die Gewährleistung politisch bestimmter allgemeiner Zugangschancen kann bei den DAWI nicht nur vom Markt alleine erfolgen, weil vermutet wird, dass sich die privaten Anbieter nur auf die lukrativsten Geschäfte konzentrieren. In der Ökonomie, die grundsätzlich von einem rationalen und freien Individuum ausgeht, ist das Konzept derartiger „politisch bestimmter Kollektivgüter“ bzw. „Meritoritivgüter“ umstritten.<sup>50</sup> Aufgrund der Marktfähigkeit kann die Theorie des Marktversagens nicht einfach als Rationalitätsreferenz erhalten.<sup>51</sup>

Die Zurückhaltung bei der Definition der DAWI rührt zudem aus dem Kompetenzkonflikt und dem Ermessen, welches den Mitgliedstaaten bei der Definition ihrer Gemeinwohlinteressen eingeräumt wird. Der EuGH und die Kommission üben lediglich eine Missbrauchskontrolle aus.<sup>52</sup> In der Rechtsprechung als DAWI anerkannt wurden unter anderem ein Monopol, das den Benutzern ein öffentliches Telefonnetz zur Verfügung stellt, die bestimmte Gestaltung von Postsendungen, die Grundversorgung mit Strom, die Aufgabe der Arbeitsvermittlung durch eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die Bevorratungspflicht für Arzneimittelgroßhändler, Sprachtelefondienste, Verkehrsunternehmen, Luftverkehrsdienstleistungen, die gemeindliche Müllabfuhr, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, die Erhaltung eines pluralistischen Pressewesens sowie die Zugänglichkeit von Finanzdienstleistungen, Altölbeseitigungsunternehmen oder Rettungsdienste.<sup>53</sup> Abgelehnt hat der EuGH zum Beispiel das

Vorliegen einer DAWI bei allgemeinen Hafendarbeiten.<sup>54</sup>

Eng verknüpft mit den DAWI-Leistungen sind die in Art. 106 (2) AEUV auftauchenden Anknüpfungspunkte des „Unternehmens“, der „Wirtschaftlichkeit“ sowie der „Betrugung“.<sup>55</sup> Das Unternehmen in Art. 106 (2) AEUV entspricht dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff im AEUV. Demnach ist jede wirtschaftliche Tätigkeit umfasst, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.<sup>56</sup> DAWI-Leistungen, die von der öffentlichen Verwaltung oder von einer gemeinnützigen Organisation erbracht werden, sind damit einbezogen. Entscheidend ist nur der Begriff der Wirtschaftlichkeit: Die Kommission führt mit Blick auf die Rechtsprechung die Unterscheidung zu Dienstleistungen von allgemeinem *nichtwirtschaftlichem* Interesse, die im Gegenzug zu den DAWI der Anwendung des Vertrages vollständig entzogen sind.<sup>57</sup> Diese sind solche Tätigkeiten, die entweder mit besonderen hoheitlichen Aufgaben verbunden sind, wie etwa der Polizeidienst, oder Tätigkeiten, die rein kulturelle, soziale oder karitative Belange zum Inhalt haben wie etwa Krankenversicherungen oder das staatliche Unterrichtswesen.<sup>58</sup> Die Abgrenzung ist freilich nicht einfach. Die „Betrugung“ bedeutet, dass dem Unternehmen (auch DAWI-Unternehmen im Folgenden) ausdrücklich kraft eines verbindlichen Hoheitsaktes die DAWI-Aufgabe übertragen werden muss.<sup>59</sup> Damit kommt die demokratische Dimension zum Ausdruck, wonach die staatlichen Stellen die Gewährleistungsverantwortung der DAWI-Aufgaben tragen.<sup>60</sup>

Häufig vergessen wird schließlich eine notwendige Differenzierung zwischen den ein-

<sup>49</sup> van de Gronden, *Social Services of General Interest and EU Law*, in: Szyccszak und Andere, S. 133.

<sup>50</sup> Haucap/Schwalbe, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, Einl. B, Rnd. 71, die eine kritische Einordnung aus Sicht der Ökonomie vornehmen. Siehe auch Coppi, *SGEI Compensation in the Almunia Package. An Economics View*, in: *ESTAL* 02/2012, S. 37ff.

<sup>51</sup> Vgl. Schulz-Nieswandt, *Europäisierung der sozialen Daseinsvorsorge*, S. 92. Wenngleich wohl meritorisierte Güter in eine weit verstandene Theorie des Marktversagens integriert werden können.

<sup>52</sup> EuGH, C-17/02, Fred Olsen, Slg. II-2031, Rnd. 216 und Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, SEC(2010) 1545 endg., Rn. 2.6.

<sup>53</sup> Mit entsprechenden Verweisen Wernicke, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV*, Rnd. 46.

<sup>54</sup> EuGH, C-179/90, Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Rnd. 27.

<sup>55</sup> Der ebenfalls in Art. 106 (2) AEUV auftauchende Begriff des Finanzmonopols hat in der Praxis keine eigenständige Bedeutung erlangt. Wernicke, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV*, Rnd. 52.

<sup>56</sup> EuGH, C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979, Rnd. 10, Wernicke, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV*, Rnd. 15ff.

<sup>57</sup> Die DAWI und die Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse werden dann unter dem Überbegriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) subsumiert.

<sup>58</sup> Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, SEC(2010) 1545 endg., Rn. 3.1.4.

<sup>59</sup> EuGH, C-127/73, BRT/SABAM II, Slg. 1974, 313, Rn. 19 und 22., Jung, in: *Callies/Ruffert, Art. 106 AEUV*, Rnd. 40.

<sup>60</sup> Wernicke, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV*, Rnd. 50.

zelen DAWI-Sektoren: So gibt es DAWI-Sektoren wie insbesondere Telekommunikation, Post, Elektrizität, Verkehr, die bereits umfassend sekundärrechtlich liberalisiert worden sind, wohin gegen zum Beispiel Sozialdienstleistungen europarechtlich unberührt sind.<sup>61</sup> In den regulierten Sektoren finden sich in den Richtlinien sogenannte „Universalpflichten“ oder „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“, die eigens und enger definiert sind als die DAWI. Der Art. 106 (2) AEUV findet dann nur begrenzt Anwendung.<sup>62</sup> Umgekehrt ist es sehr wichtig im Rahmen des allgemeinen DAWI-Rechts qualitative Unterschiede hinsichtlich der Marktfähigkeit anzuerkennen: So lässt sich beispielsweise die Müllabfuhr in ihrer Erbringung viel einfacher regeln als die Versorgung mit den ethisch relevanteren Sozialdienstleistungen, wo eine hohe Qualität aufgrund der Besonderheiten schwieriger zu gewährleisten ist.<sup>63</sup>

## 2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als ein positives Ziel

Die DAWI-Leistungen waren im EWG-Vertrag lange nicht weiter beachtet worden. Erst in den 90er Jahren, nachdem die ersten Liberalisierungsrichtlinien in den Bereichen Telekommunikation und Infrastruktur auf den Weg gebracht wurden, aber auch die Europäischen Gerichte sowie die Kommission zunehmend die Wettbewerbs- und Beihilferegeln auf den öffentlichen Sektor anwandten, brach der Streit der 50er Jahre wieder auf. Vor allem Frankreich forderte einen stärkeren Schutz der jeweiligen betrauten Unternehmen gegenüber dem Wettbewerb.<sup>64</sup> Im Zuge dessen wurde mit dem Amsterdamer Vertrag der heutige Art. 14 AEUV in das Primärrecht eingefügt, der die DAWI - unbeschadet der Wettbewerbsregeln - zu einem gemeinsamen Wert der Union erhebt, in den Kontext der Förderung der sozialen und territorialen Zusammenhalt stellt und deren Funk-

tionsfähigkeit garantiert.<sup>65</sup> Während der Art. 106 (2) AEUV die DAWI vor allem aus einem besonderen Schutzinteresse gegenüber dem Wettbewerb definiert hat, erhöht der Art. 14 AEUV die DAWI zu einem positiv-definierten Ziel der Union.<sup>66</sup> Im anschließenden Verfassungskonvent von 2002/2003 hatte sich Frankreich zudem für eine gegensteuernde Kompetenzgrundlage der EU im Bereich der DAWI eingesetzt.<sup>67</sup> Der Lissabonner Vertrag brachte schließlich eine Ermächtigungsnorm in Art. 14 S.2 AEUV zum Vorschein. Gleichzeitig findet sich ein neues Protokoll Nr. 9 über die Dienste von allgemeinem Interesse (DAWI-Protokoll), welches Art. 14 AEUV weiter ausformt und konkretisiert.<sup>68</sup> Zudem führt der Lissabon-Vertrag zu der Verbindlichmachung der EU-Grundrechtecharta, wo mit dem Art. 36 Gr-Charta ein Recht auf Zugang zu DAWI-Leistungen geschrieben steht. Auch die mit Lissabon neu eingefügte allgemeine Schutzgarantie der Identität der regionalen und lokalen Selbstverwaltung in Art. 4 (2) S.1 EUV trägt zu der verstärkten Stellung der DAWI bei. Denn für die Erbringung der DAWI sind meist die unteren Ebenen der Staatsverwaltung zuständig. Vor allem in Deutschland wird immer wieder die Besonderheit der kommunalen Selbstverwaltung ins Feld geführt: DAWI-Leistungen verweisen aufgrund ihrer existenziellen Bedeutung für den Bürger auf eine lokal-demokratische Kontrolle. Zu Recht wird darauf verwiesen, dass die DAWI-Leistungen grundsätzlich bürgernah erbracht werden und gleichzeitig einer lokaldemokratischen Kontrolle zugänglich gemacht werden sollen.<sup>69</sup>

<sup>61</sup> Für einen Sektorenüberblick im Bereich der DAWI und dem Beihilfenrecht siehe zum Beispiel Kommission, Arbeitspapier über die Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC(2011) 397, Nr. 3ff.

<sup>62</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 102ff.

<sup>63</sup> Heinze/Schneiders, Vom Wohlfahrtskorporatismus zur Sozialwirtschaft? in: ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 02/2013, S. 11.

<sup>64</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 14 AEUV, Rnd. 3.

<sup>65</sup> Zwischen dem Begriff der Dienste und dem in Art. 106 (2) AEUV besteht kein Unterschied, was sich auch aus den Übersetzungen in anderen Sprachen ergibt. U.a. Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 62.

<sup>66</sup> Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 157.

<sup>67</sup> Siehe ausführlich die Debatte und Entwicklung bei Waiz, Daseinsvorsorge in der Europäischen Union – Etappen einer Debatte, in: Krautscheid, S. 68ff.

<sup>68</sup> Mit dem Titel der Dienste von allgemeinem Interesse sowie dem Art. 2 wird die Unterscheidung zwischen DAWI und den Dienstleistungen von allgemeinem nicht-wirtschaftlichem Interesse auch primärrechtlich anerkannt. Trotzdem im Folgenden DAWI-Protokoll und nicht DAI-Protokoll genannt.

<sup>69</sup> Zum Beispiel Bogumil und Andere, Die Gestaltung kommunaler Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt - Empirische Studie im Auftrag des Landes NRW, S. 10.

## II. Die Konfliktlage der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

### 1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in einem Konflikt mit dem Wettbewerb

Der EuGH sieht den Zweck in Art. 106 (2) AEUV darin, dass Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts-, Fiskal- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang zu bringen.<sup>70</sup> In der Rechtsprechung wird der Art. 106 (2) AEUV als Ausnahmeklausel grundsätzlich eng ausgelegt. Insbesondere muss die Einhaltung der Vertragsvorschriften mit der Aufgabenerfüllung „nachweislich unvereinbar“ sein, damit der Art. 106 (2) S.1 AEUV zur Geltung kommen könne.<sup>71</sup> Zudem kann die Vorschrift nur Ausnahmen zugunsten der ausdrücklich übertragenen DAWI-Aufgabe ermöglichen.<sup>72</sup> Seit dem Urteil „Corbeau“ hat der EuGH die Vorschrift des Art. 106 (2) AEUV gelockert, indem er den Tatbestand nicht nur als erfüllt ansieht, wenn es sich um eine effektive Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Unternehmens handelt. Vielmehr sind Ausgleichszahlungen an DAWI-Unternehmen auch dann gerechtfertigt, „wenn sie erforderlich sind, entweder eine tatsächliche oder rechtliche Gefährdung auszuschließen“ oder „damit die Aufgabenerfüllung zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erfolgen kann“.<sup>73</sup> Ferner hat der EuGH anerkannt, dass DAWI-Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden können, ein Monopol auf benachbarte Märkte zu erstrecken, sofern es erforderlich ist, um dem Unternehmen „ein Ausgleich zwischen rentablen und weniger rentablen Bereichen zu ermöglichen“.<sup>74</sup> Die spezielle Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 106 (2) S.2 AEUV wurde bisher nicht sehr strikt angewendet:

<sup>70</sup> EuGH C-202/88, Telekommunikations-Endgeräte, Slg. 1991 I-1223, Rn. 12.

<sup>71</sup> EuGH, C-155/73, Sacchi, 30.04.1974, Slg. 1974, Rn. 15.

<sup>72</sup> EuGH, C-195/94, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, Rn. 69, wobei vorher der EuGH noch sämtliche Sonderbestimmungen mit hinzu gezogen hatte, EuGH C-393/92, Almelo, Slg. 1994, I-1477, Rn. 49.

<sup>73</sup> EuGH, C-320/91, Corbeau, 19.05.1993, Slg. 1993, I-2533, Rn. 16ff. Klarer dann EuGH, C-157/94, Strommonopol, Slg. 1997, I-5699, Rnd. 41., jüngst etwa EuGH, C-437/09, AG2R Prévoyance, 03.03.2011, Rn. 76.

<sup>74</sup> EuGH, C-320/91, Corbeau, 19.05.1993, Slg. 1993, I-2533, Rnd. 16, 17.

Ein wirklicher Test des milderen Mittels findet nicht statt.<sup>75</sup> Hier geht es in der Rechtsprechung um eine nicht konsequente allgemeine Abwägung zwischen den DAWI-Leistungen und ihren Besonderheiten sowie dem Interesse der Union an einem funktionierenden Wettbewerb.<sup>76</sup>

Die Lockerung durch die „Corbeau“-Rechtsprechung ändert jedoch nichts an der Formulierung des Regel-Ausnahme-Verhältnis in Art. 106 AEUV. Von wettbewerbskritischer Seite wurde daher der Art. 14 AEUV herangezogen, um für eine geänderte Lage zugunsten der DAWI-Leistungen zu streiten. Dabei kann dem Art. 14 AEUV (ex Art. 16 EGV) und dem Amsterdamer Vertrag der Wille entnommen werden, die rechtliche Stellung der DAWI-Leistungen zu verbessern. Gleichzeitig wurde aber darauf hingewiesen, dass eine wirkliche Verschiebung zulasten des bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses eine deutlichere Erklärung der Vertragsgeber bedurft hätte und sich zudem nicht in den Verhandlungsdokumenten bestätigen lasse.<sup>77</sup> Insbesondere Art. 14 S.1 AEUV, der die Wettbewerbsregeln unbeschadet lassen will, spreche nicht dafür. Dagegen wiederum wurde eine textliche und systematische Auslegung bemüht, welche die Stellung des Art. 14. S. 1 AEUV im ersten Kapitel des AEUV und den Bezug zu den gemeinsamen Werten der Union hervorhob. Daraus könne sich nicht nur eine politische Leerformel ableiten lassen, vielmehr seien die DAWI-Leistungen zu einem zentralen Vertragsgrundsatz und Unionsstrukturprinzip aufgewertet worden.<sup>78</sup> Der Art. 14 S.1 AEUV setze die DAWI-Leistungen in einen direkten Zusammenhang zu der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts, wodurch die Förderung der DAWI-Leistungen nunmehr ein positives zu bestimmendes Ziel der Union sei.<sup>79</sup> *Wernicke* spricht an dieser

<sup>75</sup> EuGH, C-157/94, Niederlande/Kommission, Slg. 1994, I-5751, Rnd. 58 hervorhebend mit weiteren Verweisen Bekkedal, Article 106 TFEU is Dead. Long Live Article 106 TFEU, in: U.a. Szycszak, S. 67ff.

<sup>76</sup> Z.B.I EuGH, C-117/97, Brentjens, Slg. 1999, I-6025, Rnd. 103f., hervorhebend von Danwitz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Krautscheid, S. 124. Siehe auch dazu sehr ausführlich Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 69ff.

<sup>77</sup> Z.B. Weiß, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: EuR 2011, S. 52f.

<sup>78</sup> Etwa Krajewski, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Element europäischer Sozialstaatlichkeit, in: EuR 2013 Beiheft 1, S. 115, Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2010, S. 730f.

<sup>79</sup> Z.B. Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 157.

Stelle von der Etablierung eines Funktions- und Optimierungsgebot für die DAWI-Leistungen.<sup>80</sup> *Krajewski* erkennt gar ein zentrales Element einer europäischen Sozialstaatlichkeit.<sup>81</sup> In der Rechtsprechung hat nur das EuG knapp auf den Art. 14 AEUV Bezug genommen und davon gesprochen, dass der Art. 14 AEUV den besonderen Stellenwert der DAWI bestätige.<sup>82</sup> Bei den Generalanwälten finden sich Interpretationen des Art. 14 S.1 AEUV als eine Art Leitlinie zur Auslegung von Art. 106 (2) AEUV.<sup>83</sup> Das seit Lissabon neu hinzugefügte Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse (DAWI-Protokoll) konkretisiert den in Art. 14 S.1 AEUV zum Ausdruck kommenden Wert für die Union weiter.<sup>84</sup> Sowohl die Betonung des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums (Art. 1 Spiegelstrich 1), als auch die notwendige Vielfalt der DAWI-Leistungen (Art. 1 Spiegelstrich 2) sowie das hohe Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte (Art. 1 Spiegelstrich 3) führen zu einer rechtlichen Ausformung.<sup>85</sup> Hinzu kommt der neue Art. 36 Gr-Charta, wonach die Union den Zugang zu den DAWI-Leistungen, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, achtet und anerkennt. Danach lässt sich aufgrund der mangelnden Bezugnahme des einzelnen Unionsbürgers kein Recht auf Leistung ableiten. Allerdings kann man darin ein Abwehrrecht erkennen, dass dem Einzelnen gegenüber der EU ein Recht auf Bestandsschutz für nationale Sozialstandards erteilt.<sup>86</sup> Auch die neue Betonung der lokalen Selbstverwaltung in Art. 4 (2) S.1 EUV trägt zu einer Stärkung der DAWI-Leistungen bei, indem Verpflichtungen für die DAWI-Leistungen zuständigen Kommunen

und regionalen Verwaltungseinheiten im Rahmen der Wettbewerbsregelung von DAWI-Leistungen zusätzlich rechtfertigungsbedürftig werden.<sup>87</sup>

## 2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in einem Kompetenzkonflikt

Die Kommission achtet nach Art. 106 (3) AEUV auf die Anwendung der Art. 106 (1) und (2) AEUV und richtet geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten. Vor allem bedient die Kommission sich sonstiger Instrumente wie Mitteilungen, Gemeinschaftsrahmen oder Leitlinien, um die Beihilfenregeln im Rahmen der DAWI auszugestalten.<sup>88</sup> Diese sind als sonstige nicht im Vertrag genannte nichtrechtsverbindliche Handlungsformen zu deklarieren.<sup>89</sup> Die Kompetenzen der Kommission liegen nicht nur in einer Überwachungspflicht.<sup>90</sup> Vielmehr hat die Kommission nach Ansicht des EuGH ausdrücklich die Aufgabe, Konkretisierungen hinsichtlich der sich aus Art. 106 AEUV ergebenden Verpflichtungen vorzunehmen.<sup>91</sup> Dabei kommt der Kommission ein weites Ermessen in Bezug auf Form und Inhalt zu.<sup>92</sup> Dieses Ermessen hat aber Grenzen, die sich aus den Regelungsvorbehalten der Mitgliedsstaaten und aus der Zielsetzung der Norm und seiner Stellung im Vertrag ergeben.<sup>93</sup> Ausdrücklich zählt der EuGH zu den Grundlagen des Art. 106 (3) AEUV, neben den Art. 34, 45, 58, 101, 102, auch die Art. 107ff. AEUV.<sup>94</sup> Zu betonen ist, dass damit die in Teil B herausgearbeiteten teleologischen Grenzen des Beihilfenrechts voll Anwendung finden und nicht umgangen werden können.

<sup>80</sup> Vgl. auch Wernicke, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 14 AEUV, Rnd. 14 und 45, 46.

<sup>81</sup> *Krajewski*, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Element europäischer Sozialstaatlichkeit, in: EuR 2013 Beiheft 1, S. 109ff.

<sup>82</sup> EuG, T-53/01, *Poste Italiane*, Slg. 2001, II-1479, Rn. 132.

<sup>83</sup> Schlussanträge von GA Póiaras Maduro, C-205/03P, *Fenin/Kommission*, Slg. 2006, I-6295, Rnd. 35.

<sup>84</sup> Zur Auslegung Schorkopf, Das Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse, in: *WiVerw* 2008/04, S. 253ff. oder Ruge, Auswirkungen des Protokolls über die Dienste von allgemeinem Interesse auf Daseinsvorsorge, in: *WiVerw* 2008/04, S. 263ff.

<sup>85</sup> Nur als bloße Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung ansehend hingegen Weiß, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: EuR 2011, S. 63.

<sup>86</sup> Z.B. Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2010, S. 739.

<sup>87</sup> Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2010, S. 743.

<sup>88</sup> So auch insb. das Monti-Paket, als auch später die *Almunia Reform*. Siehe unten Teil D.I.4 und D.II.2

<sup>89</sup> Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV, Rnd. 209ff. Die Wahl dieser Handlungsform ist freilich umstritten. So bspw. Becker, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, in: *NZS* 2007, S. 175.

<sup>90</sup> EuGH, C-188 und 190/80, *Transparenzrichtlinie*, 6.07.1982, 2545, Rnd. 12.

<sup>91</sup> EuGH, C-271,281 und 289/90, *Telekommunikationsrichtlinie*, Slg. 1992, I-5833, Rnd. 12.

<sup>92</sup> EuGH, C-107/95, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Kommission*, 20.02.1997, Slg. 1997, I-947,964, Rnd. 27. Dabei ist dieses Ermessen jedoch auf Grundlage einer umfangreichen Prüfung auszuführen, weswegen eine Unterlassungsklage gegen ein Nichthandeln bspw. grundsätzlich als zulässig angesehen wird, Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd.87 und Rnd. 123.

<sup>93</sup> EuGH, C-188 und 190/80, *Transparenzrichtlinie*, 6.07.1982, 2545, Rnd. 6.

<sup>94</sup> EuGH, C-188 und 190/80, *Transparenzrichtlinie*, 6.07.1982, 2545, Rnd. 12.

Zudem muss die Kommission im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV stets ausdrücklich begründen, warum die Union tätig werden musste, ohne weniger einschneidende Mittel zur Verfügung zu haben.<sup>95</sup>

Bevor weiter auf die Kompetenzvorbehalte der Mitgliedstaaten eingegangen werden kann, ist zunächst das Verhältnis zu den anderen Ermächtigungsnormen im Vertrag zu beleuchten. In Bezug auf die DAWI-Leistungen ergeben sich für den Unionsgesetzgeber drei Konkurrenzen hinsichtlich der richtigen Rechtsgrundlage: Insbesondere der Art. 14 S.2 AEUV stellt seit Lissabon nunmehr eine eigenständige Ermächtigungsnorm dar, nach der die Union im Rahmen von Verordnungen die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der DAWI-Leistungen über das ordentlichen Gesetzgebungsverfahren regeln kann. In der Literatur wird vertreten, der Art. 14 S.2 AEUV müsste aufgrund seines besonderen Charakters und aufgrund des Regelungsinstrumentes der Verordnung über die Kompetenz des Artikel 106 (3) AEUV hinausgehen.<sup>96</sup> Nur so verbliebe in einer schlüssigen Art und Weise die Kompetenz der Kommission im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV unangetastet.<sup>97</sup> Dagegen wird an anderer Stelle argumentiert, dass mit Art. 14 S.2 AEUV eine *lex specialis* geschaffen wurde, die den Art. 106 (3) AEUV verdrängt.<sup>98</sup> Zwar sei es denkbar, eine Abgrenzung hinsichtlich der Regelungsinstrumente vorzunehmen. Aufgrund der tendenziellen Gleichrangigkeit von Richtlinien und Verordnungen, führe dies aber zu einem Wertungswiderspruch, da ansonsten Richtlinien von der Kommission einfach erlassen werden könnten, Verordnungen aber nur unter Beteiligung des Rates und des Parlamentes.<sup>99</sup> Damit verbliebe im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV nur noch eine begrenzte Regelungskompetenz; jedenfalls in Bezug auf abstrakt-generelle Regelungen müsste der Art. 14 S.2 AEUV damit eine Sperrwirkung entfalten.

Zweitens ist das Verhältnis zwischen Art. 106 (3) AEUV und Art. 109 AEUV unklar: Denn

gerade im Beihilfenrecht stellte sich die Frage, ob die Kommission über den Art. 106 (3) AEUV die Konkretisierungskompetenz besitzt, sowohl über die Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit einer DAWI-Finanzierung im Beihilfenrecht entscheiden zu können, als auch über die An- oder Abordnung eines beihilfenrechtlichen Notifizierungsverfahrens gem. Art. 108 (3) AEUV. Der EuGH hat entschieden, dass die Art. 106 (3) AEUV und Art. 109 AEUV nebeneinander stehen, ohne sich gegenseitig zu begrenzen.<sup>100</sup> Nachdem die Anwendung des Art. 106 (3) AEUV auf Materien des Beihilfenrechts damit höchstrichterlich geklärt ist, wird weiterhin gestritten, ob Art. 106 (3) AEUV eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht im Art. 108 (3) AEUV begründen kann. Während die einen dies verneinen, weil ein Notifizierungsverfahren nicht lange dauere und damit die Funktionsfähigkeit der DAWI-Leistungen nicht gefährde<sup>101</sup>, sehen die anderen eine solche Regelungsmöglichkeit nur als konsequent an.<sup>102</sup>

Drittens sei noch auf das Konkurrenzverhältnis zu den sektorspezifischen Regulierungen im Bereich der DAWI hinzuweisen. Abgesehen einzelner Entscheidungen diene der Art. 106 (3) AEUV nur in der Telekommunikation als Rechtsgrundlage für umfangreiche Liberalisierungsbemühungen in Form von Richtlinien.<sup>103</sup> In den weiteren Sektoren wie Post, Elektrizität und Energie wählte die Kommission die Binnenmarktvorschrift des Art. 114 AEUV oder den Art. 93 AEUV im Bereich des Personenlandverkehrs und die entsprechende Beteiligung der anderen Unionsorgane.<sup>104</sup>

Fraglich ist vor allem, inwieweit im Bereich der DAWI-Leistungen nicht hoheitliche Schutzinteressen und Kompetenzvorbehalte der Mitgliedstaaten berührt werden können. Vor allem der Art. 14 S.2 Hbs. 2 AEUV betont

<sup>95</sup> EuGH, C-188 und 190/80, Transparenzrichtlinie, 6.07.1982, 2545, Rnd. 21.

<sup>96</sup> Weiß, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: EuR 2011, S. 61.

<sup>97</sup> So explizit Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2010, S. 734.

<sup>98</sup> Bspw. Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 131ff.

<sup>99</sup> In Bezug auf das Wettbewerbsprinzip Riley, The EU Reform Treaty and the Competition Protocol, in: ECLR 2007, S. 703ff.

<sup>100</sup> EuGH, C-188 und 190/80, Transparenzrichtlinie, 6.07.1982, 2545, Rnd. 14.

<sup>101</sup> Kingreen, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilferecht, in: GesR 2006, S. 193ff. Leupold, Krankenhausmärkte in Europa, S. 353ff.

<sup>102</sup> Becker, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, in: NZS 2007, S. 175. Koppmann, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, S. 341 sowie 346f.

<sup>103</sup> Zum Beispiel Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16.05.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte, ABl. L 131 vom 27.05.1988. Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. L192 vom 24.07.1990 zuletzt aktualisiert durch die RL 2002/77/EG.

<sup>104</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 91ff.

das Recht der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren. Die gemeinsamen Werte in Bezug auf die DAWI-Leistungen werden über das DAWI-Protokoll weiter ausgeformt, wobei nicht zufällig der erste Spiegelstrich die wichtige Rolle und den weiten Ermessensspielraum betont, der den nationalen Behörden bei der Gestaltung der DAWI-Leistungen zukommt. Gegen umfassende Gleichmacherei streitet zudem der 2. Spiegelstrich, der die Vielfalt der jeweiligen DAWI-Leistungen als ein Wert der Union anerkennt. Das Protokoll kann damit als ein Bekenntnis der Mitgliedstaaten gelesen werden, eine weitgehende Europäisierung der DAWI-Leistungen verhindern zu wollen.<sup>105</sup> Den Mitgliedstaaten kommt ein Gestaltungsspielraum zu, in denen die Union nicht eingreifen kann.<sup>106</sup> Konkret bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten, in Strukturfragen wie der Organisation, der Erbringungsweise, aber auch der Finanzierung grundsätzlich frei sein müssen.<sup>107</sup> Das EuG hat ausgeführt, dass die Kommission nicht befugt sei, über den Umfang der dem öffentlichen Betreiber obliegenden Aufgaben, also über die Höhe der Kosten für diesen Dienst, über die Zweckmäßigkeit der von den nationalen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen politischen Entscheidungen oder über die wirtschaftliche Effizienz zu entscheiden.<sup>108</sup>

### III. Stellungnahme und Maßstab

Der sich aus den Neuerungen des Lissabonner Vertrages ergebende Maßstab für den Ziel- und Kompetenzkonflikt ist schwierig zu bestimmen. Die primärrechtliche Diskussion neigt vor allem bezüglich der Zielfragen zu einer schwarz-weißen Gegenüberstellung, die sich zu verstricken droht, wobei das Problem letztlich nur im Sekundärrecht oder durch die Anwendungspraxis des EuGH und der Kommission aufgelöst werden kann. Die

Neufassung des Art. 3 AEUV mit der „sozialen Marktwirtschaft“ sowie die Neufassung des Kohärenzgebotes in Art. 7 AEUV zeigen aber, dass auf Zielebene nicht von einer Vorrangigkeit des Wettbewerbsprinzips gesprochen werden kann.<sup>109</sup> Dafür spricht der in Art. 14 AEUV, welcher die DAWI-Leistungen als Teil der Ziele des sozialen und territorialen Zusammenhaltes verankert. Den Willen des Vertragsgebers unterstreicht dabei die systematische Stellung des Art. 14 AEUV im ersten Kapitels des Vertrages als eine Art Gegenprinzip<sup>110</sup> sowie das mit Lissabon ausdrücklich eingefügte Wort „territorial“ in den Art. 3 (3) AEUV, welches den Zusammenhang zum Art. 14 AEUV herausstreicht.<sup>111</sup> Dies korrespondiert mit dem von der Kommission immer wieder betonten europäischen Gesellschaftsmodell, dessen wesentlicher Bestandteil die DAWI-Leistungen sein sollen.<sup>112</sup> Gegen diese Deutung der Zielebene spricht nicht der Verweis des Art. 14 S.1 AEUV auf den Art. 106 (2) AEUV. Denn einerseits präjudiziert der „Unbeschadet-Passus“ in Art. 14 S.1 AEUV zumindest nicht zwangsläufig ein Vorrang des Wettbewerbsprinzips.<sup>113</sup> Andererseits sind das Regel-Ausnahme-Verhältnis in Art. 106 (2) S.1 AEUV sowie die Schranken-Schranke des Art. 106 (2) S.2 AEUV letztlich deutungs offen, wobei diese Möglichkeit durch die „Corbeau“-Rechtsprechung beispielhaft unterlegt sein dürfte.<sup>114</sup> Das Regel-Ausnahme-Verhältnis in Art. 106 (2) AEUV ist nur eine Art vom Wortlaut her vorbestimmte „Wegbeschreibung“, um die ansonsten auf der Karte gleichrangig einzuordnenden Ziele des Wettbewerbes sowie der Funktionsfähigkeit der DAWI-Leistungen mit ihren Besonderheiten und mitgliedstaatlichen Vorbehalten zu erreichen. Der Deutung eines vertraglichen Funktions- und Optimierungsgebots der Union für die DAWI-Leistungen ist zuzustimmen.<sup>115</sup> Dabei wird die Neufassung des Lissabonner Vertrages nicht die Ziele des Binnenmarktes und des Wettbewerbes sowie die bisherige

<sup>105</sup> Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2010, S. 737. Der Unionsgrundsatz des Art. 14 AEUV, auf den sich das Protokoll bezieht, wird dann als „Scharnier“ und „Dreh- und Angelpunkt“ zwischen nationalen und unionsrechtlichen Interessen gedeutet. Meyer, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Spannungsfeld, in: EWS 2005, S. 195.

<sup>106</sup> Weiß, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: EuR 2011, S. 62f.

<sup>107</sup> Krajewski, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, in: ZögU 02/2010, Teil V.2.a.

<sup>108</sup> EuG, T-106/95, FFSA/Kommission, SLG.1997, II-229, Rnd. 108; Siehe jüngst auch nochmal ausführlicher EuG, T-568/08 und T-573/08, Métropole Télévision, Slg. 2010, II-03397, Rnd. 136ff.

<sup>109</sup> So auch Ruge, Auswirkungen des Protokolls über die Dienste von allgemeinem Interesse auf Daseinsvorsorge, in: WiVerw 2008/04, S. 272.

<sup>110</sup> Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 164.

<sup>111</sup> Weiß, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: EuR 2011, S. 66.

<sup>112</sup> Kommission, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa KOM(2000) endg. 580, S. 3.

<sup>113</sup> Siehe etwa Löwenberg, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, S. 307f.

<sup>114</sup> So auch von Danwitz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Krautscheid, S. 125.

<sup>115</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 14 AEUV, Rnd. 14 und 45, 46.

Rechtsprechung im Bereich der DAWI-Leistungen zurückstellen können.<sup>116</sup> Letztlich geht es aber um eine graduelle, fallorientierte und sekundärrechtlich ausgestaltete Abwägung der nunmehr gestärkten besonderen Interessen der Mitgliedsstaaten im Bereich der DAWI und ihren Besonderheiten mit den Zielen des Wettbewerbs.

Aufgeladen wird die Stellung der DAWI zudem entscheidend durch die kompetenzrechtliche Wertung des Vertrages: Sowohl hinter dem Verhältnis zwischen dem Art. 106 (3) AEUV zu dem Art. 14 S.2 AEUV, als auch zu Art. 109 und 114 AEUV steht die Frage, wie politisch kritische Linien im Bereich der DAWI zu ziehen sind. So verbirgt sich augenscheinlich hinter der Argumentation einer Sperrwirkung der allgemein-gültigen Regelungskompetenz des Art. 106 (3) AEUV durch den Art. 14 S.2 AEUV eine kritische Haltung gegenüber einem Kommissions-Interventionismus. Denn besteht die nicht unberechtigte Hoffnung, dass Verordnungen im Rahmen des Art. 14 S.2 AEUV schwerer zu erlassen sind. Die notwendige Zustimmung der Mitgliedsstaaten wird trotz Durchbrechung des Einstimmigkeitsprinzips als DAWI-freundlicher gedeutet.<sup>117</sup> Umgekehrt hat die Kommission im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV Entscheidungen zugunsten der DAWI-Leistungen erlassen. Zwar dürfen am Ende das Primärrecht und mögliche Initiativen über das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nicht vergessen werden, aus der Erkenntnis der Schwerfälligkeit dieser Möglichkeiten kann jedoch pragmatisch die Konkretisierungen der Kommission begrüßt werden. Frei nach dem Motto „das Kind ist bereits in den Brunnen gefallen“ konzentriert sich die Pro-DAWI-Interessensvertretung dann inzwischen auf eine legitime Einflussnahme gegenüber der Kommission.<sup>118</sup> Das eine wett-

bewerbskritische Haltung insofern positiv gegenüber der Kommission eingestellt sein kann, zeigt der Streit des Verhältnisses von Art. 106 (3) AEUV zu Art. 109 AEUV. So ist es kein Zufall, dass die sich in der Literatur soweit zu findenden Argumentationen gegen die Konkretisierungshandlungen der Kommission im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV gegenüber Art. 109 AEUV und die Anwendung auf die Notifizierungspflicht in Art. 108 (3) AEUV im Recht der Gesundheits- und Krankenhausdienstleistungen geschrieben worden ist.<sup>119</sup> So hat sich die Kommission auf diesem in Deutschland sehr umkämpften Markt zugleich am umstrittensten gegen eine Infragestellung der Finanzierungspraxis öffentlicher Gesundheitsunternehmen und Krankenhäuser gestellt.<sup>120</sup> Zwar zeigt ein jüngeres Urteil des EuG, dass bezüglich der öffentlichen Finanzierungspraxis von Krankenhäusern noch nicht das letzte Wort gesprochen ist.<sup>121</sup> Gleichwohl kann zumindest ein Argument für die Kommission fruchtbar gemacht werden, dass die Regelungskompetenz des Art. 106 (3) AEUV im Sinne der Schutzinteressen der Mitgliedstaaten und der vertraglichen Funktions- und Optimierungsgarantie der Union gegenüber den DAWI-Leistungen stehen kann.

Während im Streit zu Art. 109 AEUV der Argumentation gefolgt wird, dass es nur konsequent ist, die abstrakt-generelle Regelungskompetenz der Kommission auf die Notifizierungspflicht des Art. 108 (3) AEUV auszuweiten, stellt sich im Streit gegenüber Art. 14 S.2 AEUV eine vermittelnde Ansicht ein: Nur der zweifache ausdrückliche Verweis auf die Grundlagen des Art. 106 (3) AEUV sowie den in Teil B bereits für das Beihilfenrecht herausgearbeiteten teleologischen Grenzen des Vertrages trägt den mitgliedstaatlichen Schutzinteressen im Bereich der

<sup>116</sup> Wenngleich zu erwähnen ist, dass die Erklärung Nr. 13 des Art. 16 EGV-Nizza über die „uneingeschränkte Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshof“ nunmehr mit Lissabon herausgenommen wurde. Siehe Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 14 AEUV, Rnd. 34.

<sup>117</sup> Siehe Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S.131ff. So hat beispielsweise bereits 1995 der Europäische Zentralverband der öffentlichen Unternehmen (CEEP) gefordert, die Rechtsetzungskompetenz des Art. 106 (3) AEUV auf den Rat übertreten zu lassen. Ebd., Fn. 533.

<sup>118</sup> Siehe zur Strategie der Wohlfahrtsverbände gegenüber der Kommission bspw. Rock, Wohlfahrt im Wettbewerb, S. 156ff. Auch der CEEP wird inzwischen seine Forderung von 1995 nicht mehr wiederholen und konzentriert sich dagegen in seiner Einflussnahme auf die Kommission, siehe CEEP, Opinion on the Reform of EU State Aid Rules on Services of General Economic Inte-

rest, 2011; siehe bspw. auch Vereinigung kommunaler Spitzenverbände, Stellungnahme zur Konsultation der Kommission zum Monti-Paket, 09.09.2010.

<sup>119</sup> Kingreen, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilferecht, in: GesR 2006, S. 193ff. Leupold, Krankenhausmärkte in Europa, S. 353ff.

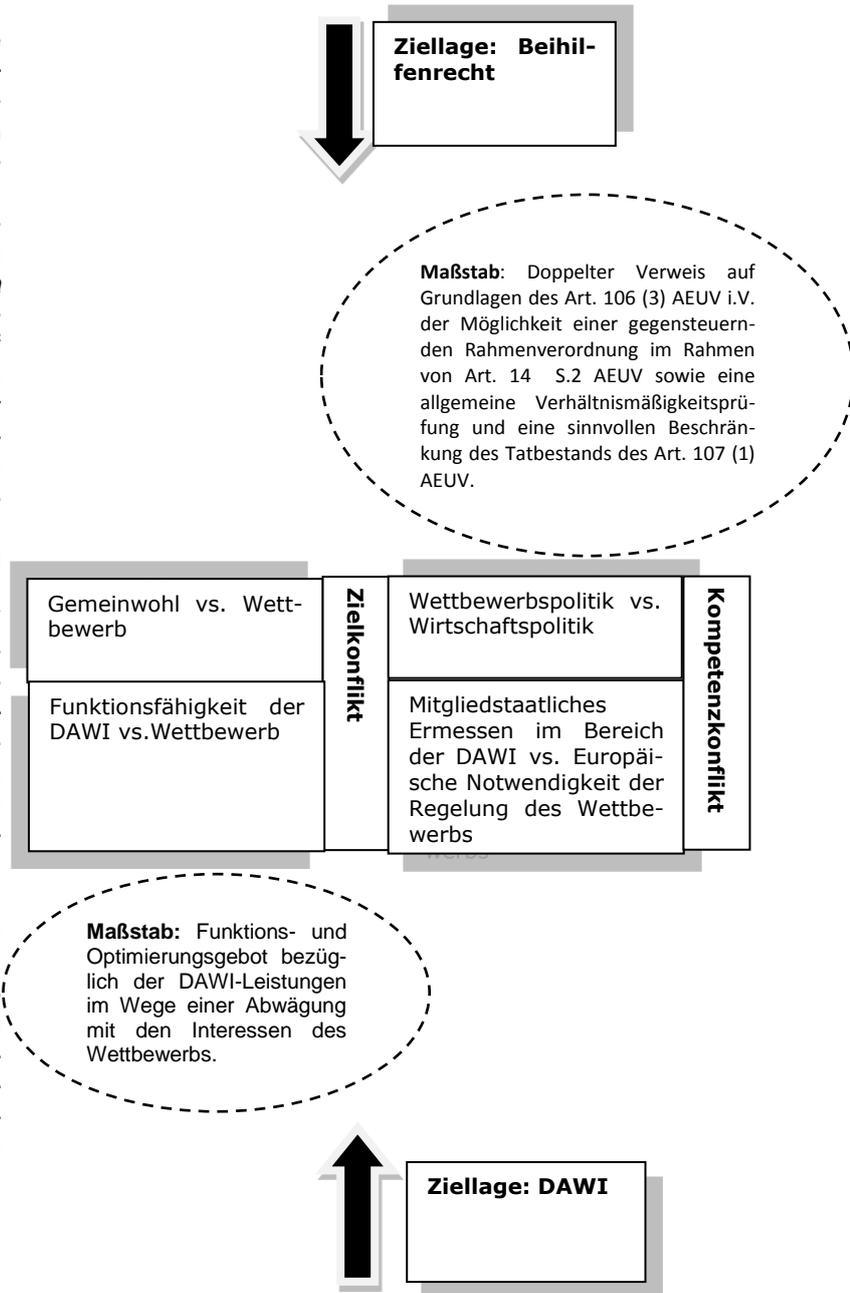
<sup>120</sup> Siehe etwa vorläufige Entscheidung der Kommission, CP 6/2003 – Deutschland, im Beschwerdeverfahren der Asklepios Kliniken GmbH und des BDPK e. V., 25.08.2010, abrufbar unter [http://www.fuesser.de/fileadmin/dateien/service/aktuelles/Subventionierung\\_Krankenhaeuser/00115-02\\_8844-0157-CP6-03-DE-LEMC\\_-\\_Aid\\_to\\_Public\\_hospitals.pdf](http://www.fuesser.de/fileadmin/dateien/service/aktuelles/Subventionierung_Krankenhaeuser/00115-02_8844-0157-CP6-03-DE-LEMC_-_Aid_to_Public_hospitals.pdf), letzter Zugang am 19.03.2013.

<sup>121</sup> EuG, T-137/10, CBI/Kommission, BeckRS 2012, 82356.

DAWI-Leistungen ausreichend Rechnung.<sup>122</sup> Dabei ist kein Wertungswiderspruch zu erkennen, wenn der Art. 14 S.2 AEUV ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren etabliert. Denn die Verordnung kann – auch wenn sie nicht über die bestehenden Unionskompetenzen hinausreicht – weiterreichende Korrekturmaßnahmen im DAWI-betreffenden Wettbewerbsrecht treffen. Bezüglich der verbleibenden Regelungskompetenz des Art. 106 (3) AEUV folgt aus der nicht angewendeten Sperrwirkung des Art. 14 S.2 AEUV im Bereich abstrakt-genereller Regelungen *a fortiori* ein doppelter Verweis auf die Grundlagen des Art. 106 AEUV. Insbesondere darf die Kommission sich nicht den Art. 106 (3) AEUV zu Nutzen machen, um per Hintertür vom Vertrag nicht gedeckte Ziele zu verfolgen, die wie im Beihilfenrecht auf einer noch zu definierenden Schnittstelle zu einer gestalterischen Wirtschafts- und Fiskalpolitik lägen. Auch darf die Kommission den Art. 106 (3) AEUV für keine weiteren Liberalisierungen benutzen, die bisher auf den Art. 114 AEUV gestützt worden sind und insofern der Legitimationsquelle eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens bedürfen. Schließlich müssen Tätigkeiten der Kommission zur Regulierung der DAWI-Finanzierung aufgrund des Kompetenzvorbehaltes der Mitgliedstaaten einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden.

Der hier entwickelte Maßstab speziell zu den DAWI-Leistungen verbindet sich mit den allgemeinen Wertungen bezüglich der Grenzen des Beihilfenrechts in Teil B. Die beiden Ziel- und Konfliktperspektiven treffen nunmehr im folgenden Teil D und bei der weiteren Bewertung der Almunia-Reform aufeinander und vermischen sich gleichsam im Art. 106 (2) und (3) AEUV sowie Art. 107ff. AEUV zu einer gemeinsamen Lösungssuche.

Bild1 (eigene Darstellung): Der Ziel- und Kompetenzkonflikt im Beihilfenrecht und dem Recht der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie abgeleitete Lösungsmaßstäbe



<sup>122</sup> Siehe Krajewski, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, in: ZöGU 02/2010, Teil IV.1.

## D. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EU-Beihilfenrecht und die Almunia-Reform.

### I. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im bisherigen EU-Beihilfenrecht

#### 1. Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt Art 107 (1) AEUV

Gem. Art. 107 (1) AEUV sind, „soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, [...] staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“ Dadurch ergeben sich tatbestandlich fünf Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit der EuGH und die Kommission von dem Vorliegen einer verbotsbehafteten Beihilfe ausgehen: Die Begünstigung (a), die Staatlichkeit der Mittel (b), die Selektivität der Maßnahme (c), die Verfälschung des Wettbewerbs (d) sowie die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten (e). Für die beihilfenrechtliche Behandlung der DAWI-Leistungen (auch im Folgenden DAWI-Beihilfenrecht) ergeben sich jeweils spezifische Anknüpfungspunkte bereits auf der Tatbestandsebene.

#### a) Die Begünstigung

Zunächst muss eine Begünstigung bestimmter Unternehmen vorliegen, damit der Art. 107 (1) AEUV zum Tragen kommt. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Begriff der Begünstigung sehr weit, denn er umfasst nicht nur positive Zuwendung, mithin klassische Subventionen, sondern auch Maßnahmen die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat oder sonstige Sonderrechte an Unternehmen vermitteln.<sup>123</sup> Der mit der Begünstigung verknüpfte Tatbestand des Unternehmens entspricht dem klassischen funktionalen Unternehmensbegriff des AEUV.<sup>124</sup> Wie bereits

erwähnt kommt es dabei nur auf die Wirtschaftlichkeit an, weswegen lediglich die Dienstleistungen von nichtwirtschaftlichem Interesse herausfallen. Eine Begünstigung liegt dann vor, wenn der Empfänger aufgrund einer staatlichen Maßnahme einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den er unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.<sup>125</sup> Es kommt allein auf die Wirkung der Maßnahme und nicht auf die Gründe der Begünstigung an.<sup>126</sup> Eine Reihe an Ausnahmeregelungen der Mitgliedstaaten im Bereich der Unternehmensbesteuerung und Sozialversicherung, die subventionsgleiche Wirkungen haben, rücken in den Blick des Beihilfenrechts, was gerade bei der Finanzierung der DAWI-Leistungen relevant werden kann: In Deutschland kommen beispielsweise steuerrechtliche Förderungen im Rahmen des Gemeinnützigkeitsrechts<sup>127</sup>, aber auch der in der kommunalen Praxis gängige steuerliche Querverbund im Rahmen der kommunalen Unternehmen in den Blick des Beihilfenrechts.<sup>128</sup> Problematisch ist vor allem die Beurteilung der fiskalisch-privatwirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand.<sup>129</sup> Denn eine Vorteilsgewährung liegt vor, wenn der Staat eine Gegenleistung auf dem Markt erhält, diese aber nicht dem normalen Wert entspricht (Überkompensation). Nach der Rechtsprechung sollte ein sogenannte „Market-Economy-Investor“-Test angewandt werden, nachdem das staatliche Verhalten mit dem eines umsichtigen und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelnden privaten Investors verglichen wird.<sup>130</sup> Bei den DAWI-Leistungen kann sich diese Prüfung der schwer gestalten, insofern bei Leistungen der Daseinsvorsorge häufig nicht einfach ein Markt-

gung subsumierend Jennert, EU-Beihilfenrecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, in: KommP 1/2012, S. 2.

<sup>125</sup> EuGH, C-39/94, SFEI, Slg.1996, I-3547, Rnd. 60. EuGH, C-256/97, DTM, Slg. 1999, I-3913, Rnd. 22.

<sup>126</sup> Jüngst EuGH, C-66/02, Italien/Kommission, Slg. 2005, I-10901, Rnd. 77.

<sup>127</sup> Gilberg, Die Förderung gemeinnütziger Körperschaften durch öffentliche Aufträge, 2011, die von einem Verstoß gegen das EU-Recht ausgeht, sowie Musil, Reformbedarf bei der wirtschaftlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften, in: DStR 2009, 2453ff, der dies verneint. Insgesamt gibt es aber noch keinen Fall, in dem die Kommission das Gemeinnützigkeitsrecht in Frage gestellt hat.

<sup>128</sup> Jennert, EU-Beihilfenrecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, in: KommP 1/2012, S.8; Koenig, Auch Quersubventionen im kommunalen Konzern stehen auf der wettbewerbsrechtlichen Agenda!, in: EWS 1-2/2013, S. 1.

<sup>129</sup> Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rnd. 161.

<sup>130</sup> EuGH, C-278/92, C-279/92 und C-280/92, Hytasa, Slg.1994, I-4130, Rnd. 21ff.

<sup>123</sup> Zum Beispiel EuGH, C-256/97, DTM, Slg. 1999, I-3913, Rnd. 19. Zum Begriff der negativen Beihilfen siehe Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rnd. 189.

<sup>124</sup> Siehe zum Unternehmensbegriff bereits oben unter Teil C.I.1. Unter dem Beihilfeverbot mit der Begünsti-

preis ermittelt werden kann.<sup>131</sup> Der EuGH hat in dem noch auszuführenden Urteil „Altmark-Trans“ Kriterien zur Beurteilung einer als Ausgleich zu bewertenden DAWI-Finanzierung aufgestellt.<sup>132</sup>

### b) Die Staatlichkeit der Mittel

Schließlich muss die Beihilfe dem Staat zuzurechnen sein.<sup>133</sup> Neben den klassischen Organisationen des Fiskus, d.h. einschließlich den Gebietskörperschaften wie den Kommunen, gehören Einrichtungen der staatlichen Sozialversicherung zu den von Art. 107 (1) AEUV erfassten Quellen staatlicher Beihilfen.<sup>134</sup> Zu den Indizien einer Staatlichkeit gehören der Umstand, dass das Unternehmen die Entscheidung nicht treffen konnte, ohne bestimmte staatliche Vorgaben zu erfüllen sowie die Rechtsform des Unternehmens und die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung.<sup>135</sup> Die gesetzliche Verpflichtung an Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Strom aus erneuerbaren Energien zu Mindestpreisen zu beziehen, fällt nicht unter den Beihilfenbegriff.<sup>136</sup>

### c) Die Selektivität der Maßnahme

Eine Beihilfe muss zudem eine selektive Ausrichtung haben.<sup>137</sup> Davon abzugrenzen sind Maßnahmen, die sich nicht an einen bestimmten Personenkreis, sondern an alle Wirtschaftsteilnehmer richten.<sup>138</sup> Eine allgemeine Wirtschaftsförderung, d.h. die Zurverfügungstellung staatlicher Leistungen, die alle Unternehmen unterschiedslos begünstigen, fällt aus dem Art. 107 (1) AEUV her-

aus.<sup>139</sup> Schwierig ist die Beurteilung der Selektivität in Fällen, die aufgrund ihrer allgemeinen Formulierung auf der Schnittstelle zwischen der Förderung bestimmter Unternehmen und einer allgemeiner Wirtschaftsförderung stehen.<sup>140</sup> Bejaht wird die Spezifität bei Maßnahmen, die zwar eine allgemeine Maßnahme der Wirtschafts-, Steuer- oder Sozialversicherungsgesetzgebung darstellen, aber den Behörden ein Ermessen einräumen, aufgrund dessen Unternehmen oder Wirtschaftszweige individuell begünstigt werden.<sup>141</sup> Zu beurteilen ist jeweils, ob eine Abweichung von dem inneren Aufbau des Sozial-, Steuer- oder Wirtschaftsfördersystem vorliegt.<sup>142</sup> Umstritten ist, inwiefern die Selektivität einer Maßnahme nicht durch übergeordnete Ziele bereits tatbestandlich gerechtfertigt werden kann.<sup>143</sup> Die Lösung liegt in der Beurteilung der für den jeweiligen Sachverhalt typischen Merkmale, d.h. insbesondere die Wettbewerbsbeziehung zwischen den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern, der Geltungsgrund der spezifischen Förderung und die Wirkungen.<sup>144</sup> Bei den DAWI-Leistungen stellt sich die Frage nach der Selektivität bei den komplizierteren Fördermodellen. Zur Verteidigung des Gemeinnützigkeitsrechts wird zum Beispiel in Deutschland argumentiert, dass es sich um eine leistungsfähigkeitsgerechtere Besteuerung handle, wonach keine selektive Begünstigung vorliegen könne.<sup>145</sup> Im Fall Ferring, indem es um die Entschädigung einer als DAWI-Leistung anerkannten Vorbehaltung be-

<sup>131</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S. 24.

<sup>132</sup> EuGH, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747, Rn. 87.

<sup>133</sup> EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission (Stardust Marine), Slg. 2002, I-4397, Rnd. 23

<sup>134</sup> EuGH, C-248/84, Deutschland/Kommission, SLG 1987, 4013, Rnd. 17., EuGH, C-256/97, DTM, Slg. 1999, I-3913, Rnd. 18.

<sup>135</sup> EuGH, C-482/99, Frankreich/Kommission (Stardust Marine), Slg. 2002, I-4397, Rnd. 56. Siehe auch EuGH, T-86/03, Olympiaki Aeroparia/Kommission, Slg. 2007, II-2911, Rnd 317, Kommission, Entscheidung v.

28.11.2007, Staatliche Beihilfe C 54/07 für die Emsländische Eisenbahn GmbH, ABl. Nr. C 174/13 v. 09.07.2008, Rnd. 69. Siehe zudem Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rnd. 197ff.

<sup>136</sup> EuGH, C-379/98, Preußen/Elektra, Slg. 2001, I-2099, Rnd. 58ff.

<sup>137</sup> EuGH, C-172/03, Heiser, Slg. 2005, I-1627, Rnd. 40.

<sup>138</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S. 27.

<sup>139</sup> EuGH, C-143/99, Adria Wien Pipeline, Slg. 2001, I-8365, Rnd. 35.

<sup>140</sup> Siehe etwa EuGH, C-53/00, Ferring/Acoss, Slg. 2001, I-9067, Rnd. 5ff..

<sup>141</sup> EuGH, C-256/97, DM Transport, Slg. 1999, I-3913, Rn. 27. Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rnd. 233, Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S. 27f.

<sup>142</sup> Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rnd. 234.

<sup>143</sup> Für die Diskussion siehe Bartosch, Beihilfenfreiheit der Verfolgung wettbewerbsneutraler Ziele, in: EuZW 3/2012, S. 81f.

<sup>144</sup> GA Tizanno, Schlußanträge vom 8. Mai 2001, C-53/00, Ferring/Acoss, Slg. 2001, I-9069, Rnd. 39.

<sup>145</sup> Kirchhof, Gemeinnützigkeit, in: Jachmann, DStJG-Sammelband 2003, 1 ff. Musil, Reformbedarf bei der wirtschaftlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften, in: DStR 2009, 2453. Für Argumentation auch die Sozialverbände stellvertretend Markowski, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Land Nordrhein-Westfalen, Die neuen Vorschriften des EU-Beihilferechts 2012, Tagungsdokumentation, S. 39. In einem umstrittenen und letztlich nicht klarstellenden EuGH Urteil zu italienischen gemeinnützigen Bankstiftungen wurde zwar die Unternehmenseigenschaft bejaht, allerdings gleichzeitig die besondere Funktion anerkannt, EuGH, C-222/04, Italienische Bankstiftungen, Slg. 2006, I-289.

stimmter Arzneimittel in Form einer Ausnahme von einer sonst erhobenen Direktverkaufsabgabe bei Arzneimittelkäufen ging, wurde die Selektivität vom Generalanwalt bejaht, da sich die Ausnahme nur auf Großhändler und nicht auf andere Verkäufer von Arzneimitteln bezog.<sup>146</sup> Der EuGH hat das Kriterium der Selektivität dementsprechend nicht weiter geprüft, sondern ist gleich auf die noch zu zeigenden besonderen Kriterien der Ausgleichsfinanzierung der DAWI-Leistungen eingegangen.<sup>147</sup>

#### d) Die Verfälschung des Wettbewerbs

Die staatliche Maßnahme muss weiter den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Der EuGH und die Kommission stellen keine besonderen Anforderungen an dieses Kriterium.<sup>148</sup> Im Gegensatz zum Europäischen Kartellrecht wird nicht zwischen einzelnen Verfälschungstypen differenziert. Es genügt eine nur geringe tatsächliche oder potentielle Verfälschung, was meist bejaht wird.<sup>149</sup> Erfasst werden somit Beihilfen, die lediglich in ein möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis eingreifen. Verlangt wird immerhin, dass die Kommission eine ausreichende Begründung der Marktverfälschung darlegt.<sup>150</sup> Eine Wettbewerbsverfälschung kommt nur in Betracht, wenn überhaupt ein Markt vorliegt, indem eingegriffen werden kann. In vielen Bereichen der DAWI-Leistungen war dies lange nicht der Fall, insofern die DAWI-Leistungen vielfach direkt vom Staat oder von staatlichen Monopolunternehmen erbracht wurden.<sup>151</sup> In der Zwischenzeit gibt es aber auf den allermeisten DAWI-Märkten auch private Anbieter, weswegen das Wettbewerbsrecht seine grundsätzliche Anwendung findet. Die Mitgliedstaaten sind nach Ansicht der Kommission weiterhin grundsätzlich frei, ihre DAWI-Leistung in Form von Sonderrechten oder in

Form eines Monopols zu organisieren.<sup>152</sup> Mit Blick auf die Liberalisierungsrichtlinien oder das Grundfreiheitsrecht gilt diese Aussage allerdings nicht uneingeschränkt.

#### e) Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Schließlich muss eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels vorliegen. Dieses Kriterium liegt immer dann vor, wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im Binnenmarkt verstärkt.<sup>153</sup> Das bedeutet, dass eine Beihilfe an ein Unternehmen, das regelmäßig in andere Mitgliedstaaten exportiert, immer den Handel beeinträchtigt.<sup>154</sup> Zudem spricht weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe, noch die verhältnismäßig geringe Größe der begünstigten Unternehmen von vornherein gegen die Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Handels.<sup>155</sup> Trotzdem und aufgrund der vielfachen lokalen Bezogenheit von DAWI-Leistungen ist jedoch fraglich, ob das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nicht ausnahmsweise verneint werden kann. Der EuGH hat sich hierzu nicht abschließend geäußert. Im Fall „Altmark-Trans“ wies der EuGH den Einwand, dass öffentliche Zuschüsse zugunsten örtlicher und regionaler Verkehrsunternehmen als DAWI-Leistung den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen können, scharf zurück.<sup>156</sup> Vielmehr stellten die Richter in diesem Fall auf die Öffnung des Verkehrsmarktes und den potenziellen Wettbewerb mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ab. Die Kommission entwickelte dagegen in ihrer Praxis durchaus Beispiele für einen Ausschluss des Kriteriums der Handelsbeschränkung: In den Entscheidungen der Kommission wurde der Tatbestand der Beihilfe mit Blick auf die Beeinträchtigung des unionsweiten Handels ausdrücklich für Zuwendungen zugunsten eines Freizeitbades ausgeschlossen. Die Kommission sah angesichts des begrenzten Einzugsbereiches des Freizeitbades von 50 km und des Umstan-

<sup>146</sup> GA Tizzano, Schlußanträge vom 8. Mai 2001, C-53/00, Ferring/Acoss, Slg. 2001, I-9069, Rnd. 40ff.

<sup>147</sup> EuGH, C-53/00, Ferring/Acoss, Slg. 2001, I-9067, Rnd. 24ff. Hervorhebend Bauer, S. 28.

<sup>148</sup> Zum Beispiel EuGH, C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Rnd. 30. Im Gegensatz zum Kartellrecht wird auch nicht zwischen einzelnen Verfälschungstypen differenziert. EuGH, Rs. 730/39, Philip Morris, Slg. 1980, 2761.

<sup>149</sup> Vgl. Koppmann, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, S. 317.

<sup>150</sup> Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rnd. 242.

<sup>151</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S. 29.

<sup>152</sup> Vgl. Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270, S. 31.

<sup>153</sup> EuGH, C-53/00, Ferring/Acoss, Slg. 2001, I-9067, Rnd. 21.

<sup>154</sup> EuGH, C-71/04, Xunta de Galicia, Slg. 2005, I-7419, Rnd. 41ff.

<sup>155</sup> EuGH, C-71/04, Xunta de Galicia, Slg. 2005, I-7419, Rnd. 41ff.

<sup>156</sup> EuGH, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747, Rnd. 77ff.

des, dass es nicht im Grenzgebiet des nächstgelegenen Mitgliedstaates lag, keine Beeinträchtigung.<sup>157</sup> Zurückgewiesen wurde das Kriterium des innergemeinschaftlichen Handels auch in einer Reihe von anderen Fällen wie zum Beispiel bei Zuwendungen für den Kauf kleiner Nutzfahrzeuge, die in lokalen und regionalen spanischen Gebieten eingesetzt werden.<sup>158</sup>

### f) De-Minimis-Verordnung

Der Entscheidungspraxis zur Auslegung des Kriteriums der Handelsbeschränkung folgend hat die Kommission im Jahr 2006 gestützt auf die ErmächtigungsVO eine sogenannte De-minimis-Verordnung neu gefasst, in welcher sie definiert, unter welchen Schwellen der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht betroffen ist.<sup>159</sup> Keine tatbestandlichen Beihilfen nach Art. 2 (2) De-Minimis-VO sind Zuwendungen an Unternehmen, deren Summe oder Subventionsäquivalente 200.000 Euro in einem Zeitraum von drei Steuerjahren nicht übersteigt. Insgesamt können von der Ausnahmeregel nur jene Beihilfen profitieren, die gem. Art. 2 (4) De-minimis-VO transparent sind, d.h. deren Brutosubventionsäquivalent im Voraus berechnet werden können. Eine Reform der bestehenden Verordnung wurde Ende 2013 auf dem Weg gebracht.<sup>160</sup> Darin will sie die aktuellen Bagatellgrenzen beibehalten. Die zunächst geplante Einführung eines verbindlichen Zentralregisters wurde aufgrund der Kritik aus den Mitgliedstaaten nicht eingeführt. Vor allem finden sich hier kleinere Vereinfachungen.

### 3. Tatbestands- vs. Rechtfertigungslösung

Lange Zeit war es offen, ob die Bedeutung der DAWI bereits auf Ebene des Art. 107 (1) AEUV oder erst auf der Rechtfertigungsbe-

ne des Art. 106 (2) AEUV relevant werden sollte.<sup>161</sup> Die Anhänger der Rechtfertigungslösung betonten die Schwierigkeit einer Berücksichtigung der DAWI-Leistungen auf Ebene des Tatbestandes<sup>162</sup>: Insbesondere sei der Marktpreis bei den DAWI-Leistungen nicht einfach zu berechnen. Zudem widerspreche die Objektivität des Tatbestandsbegriffes der Beihilfe den subjektiven und politischen Zielen der DAWI-Leistungen. Ein Wegfall der Notifizierungspflicht stelle zudem die Effektivität der Beihilfenkontrolle in Frage. Die Funktionsfähigkeit der DAWI sei bei einer Rechtfertigungslösung nicht gefährdet, insofern relativ kurze Fristen von bis zu 2 Monaten bei den Prüfungen zu berücksichtigen seien.<sup>163</sup> Eine Anwendbarkeit des Art. 106 (2) AEUV auf den Art. 107 (1) AEUV schließe zudem der Art. 109 AEUV aus, der besondere Ausnahmen vom Beihilfenrecht von einer Verordnung und dem hierfür vorgesehenen Verfahren abhängig mache.<sup>164</sup> Die Vertreter der Tatbestandslösung betonten hingegen das Vorliegen eines normalen Austauschverhältnisses, wenn die DAWI-Leistungen bestellt und normal erstattet würden. Dies schließe eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 (1) AEUV aus.<sup>165</sup>

### 3. Die Altmark-Trans-Kriterien

Der Europäische Gerichtshof entschied 2003 in der Rechtssache „Altmark-Trans“ den Streit endgültig zugunsten einer Berücksichtigung der DAWI-Leistungen auf Ebene des Art. 107 (1) AEUV. Allerdings ging er auf die kritische Stimmen ein, indem er in seltener Klarheit vier strenge Kriterien definierte, nach deren Vorliegen erst von einem Austauschverhältnis ausgegangen und eine Beihilfe ausgeschlossen werden könne.<sup>166</sup> Die bis

<sup>157</sup> Kommission, Entscheidung v. 12.01.2001, Freizeitbad Dorsten, Beihilfe NN 258/00, ABl. 2001 C 172.

<sup>158</sup> Entscheidung der Kommission v. 26.07.2000, Erwerb von Nutzfahrzeugen, ABl. 2001 L 212/34. Zusammenfassend siehe auch Kommission, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen, Non-Papier vom 12.11.2002, S.19ff.

<sup>159</sup> Verordnung 1998/2006/EG der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen zur Änderung der VO 69/2001/EG der Kommission vom 12. Januar 2001, ABl. L 379 vom 28.12.2006.

<sup>160</sup> Europäische Kommission, Verordnung Nr. 1407/2013 vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352/1 24.12.2013.

<sup>161</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.45.

<sup>162</sup> Mit entsprechenden Verweisen Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.46.

<sup>163</sup> Verwiesen wurde auf das zwei monatige vorläufige Prüfverfahren nach Art. 4 (5) der Beihilfeverfahrensverordnung EG/659/1999 (BeihilfenVerfO). Das förmliche Prüfverfahren, das nur bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme eingeleitet wird, soll nach Art. 7 (6) BeihilfenVerfO innerhalb von 18 Monaten nach Eröffnung beendet werden.

<sup>164</sup> GA Léger, Schlussanträge vom 19.03.2002, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747, Rnd. 61ff. sowie Schlussanträge vom 14.01.2003, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747, Rnd. 28ff.

<sup>165</sup> So der EuGH, C-240/83, Altöl, Slg. 1985, 531, Rnd. 16ff.; EuGH, C-53/00, Ferring/ACOSS, Slg. 2001, I-9067, Rnd. 23ff.

<sup>166</sup> EuGH, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747, Rnd. 87.

heute für die Finanzierung der DAWI-Leistungen im Beihilfenrecht maßgeblichen Kriterien lauten:

**(1)** Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung einer DAWI-Leistung betraut worden sein, die klar definiert sein muss (Test auf das Vorliegen einer Betrauung mit einer ausreichend definierten DAWI-Leistung).

**(2)** Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen (Transparenz-Test).

**(3)** Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der DAWI-Leistung unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns abdecken zu können (Überkompensations-Test).

**(4)** Sofern das DAWI-Unternehmen ausnahmsweise nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt worden ist, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf die Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte (Effizienz-Test).

#### 4. Das Monti-Paket

Die Altmark-Trans-Rechtsprechung löste zwar den Streit zwischen der Tatbestands- und Rechtfertigungslösung und eröffnete die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, ihre DAWI-Leistungen auch ohne Notifizierungsverfahren finanzieren zu lassen. Allerdings warfen die vier EuGH-Kriterien neue Rechtsfragen auf, welche zur Unsicherheit und einem erhöhten Kostenaufwand und Beratungsbedarf für die mit der Bereitstellung der DAWI-Leistungen verantwortlichen nationalen Stellen führten. Nach langen Konsultationen verabschiedete die Kommission im Rahmen des Modernisierungsplans „Aktionsplan staatliche Beihilfen“ ein Maßnahmenpaket auf Grundlage des Art. 106 (3) AEUV, welches Konkretisierungen und Vereinfachungen bezüglich der Altmark-Trans-Kriterien vornehmen sollte. Dieses Paket wurde nach dem damaligen Wettbewerbskommissar auch „Monti-Paket“ genannt und bestand aus drei Teilen:

**(1)** Die Entscheidung der Kommission über die Anwendung von 106 (2) AEUV auf staatliche Beihilfen, die bestimmten DAWI-Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (DAWI-Freistellungsentscheidung a.F.).<sup>167</sup> Ausgleichszahlungen von weniger als 30 Millionen Euro an DAWI-Unternehmen, deren Jahresumsatz vor Steuern weniger als 100 Millionen Euro betragen, sollten von der Notifizierungspflicht freigestellt werden. Für Krankenhäuser und Unternehmen, die im sozialen Wohnungsbau tätig sind, wurde eine Ausnahme gemacht. Die Schwellenwerte sollten hier nicht gelten. Insgesamt fand die Freistellungsentscheidung nur unter der Rückausnahme Anwendung, dass die DAWI-Leistung im Wege einer transparenten und objektiv nachzuvollziehenden Betrauung übertragen worden ist. Zudem durfte die Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen, was für die Abdeckung der für die Erfüllung der DAWI-Leistung verursachten Kosten notwendig ist. Mögliche Überkompensierungen mussten von den Mitgliedstaaten auch tatsächlich kontrolliert werden. Im Ergebnis wurde damit das vierte Kriterium über die Effizienz herausgenommen, da nunmehr der Ausgleich der tatsächlichen Kosten und nicht nur die Kosten eines durchschnittlichen und gut geführten Unternehmens erlaubt wurden. Zudem sollten die Mitgliedstaaten alle drei Jahre der Kommission umfassend Bericht über die Umsetzung und Anwendung der Freistellungsentscheidung leisten.<sup>168</sup>

**(2)** Der zweite Teil des Monti-Paktes bestand aus einem Gemeinschaftsrahmen für die DAWI-Finanzierung (DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F.).<sup>169</sup> Dieser sollte die Bedingungen bestimmen, unter denen eine Finanzierung der DAWI ohne Einhaltung der Altmark-Trans Kriterien sowie des Freistellungsbeschlusses möglich ist. Der Gemeinschaftsrahmen verlangte ebenfalls die Erfüllung der ersten drei Kriterien und ermöglichte – allerdings unter der Bedingung eines Notifizierungsverfahrens sowie einer regelmäßigen Überkompensationskontrolle – eine Ausnah-

<sup>167</sup> Kommission, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 (2) EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI. Nr. L 312/67, vom 29.11.2005. Siehe auch Waiz, Daseinsvorsorge in der Europäischen Union – Etappen einer Debatte, in: Krautscheid, S.60.

<sup>168</sup> Art. 8 DAWI-Freistellungsentscheidung a.F.

<sup>169</sup> Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI. Nr. C 297/4 vom 29.11.2005.

me vom vierten Kontrollkriterium. Aufgrund des Notifizierungsverfahrens wurden im Gegensatz zur Freistellungsentscheidung keine weiteren Berichtspflichten festgeschrieben.

**(3)** Die dritte Maßnahme war eine Überarbeitung der bereits 1980 erstmals erlassenen Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (Transparenzrichtlinie).<sup>170</sup> Diese Richtlinie sieht vor, dass DAWI-Unternehmen getrennte Bücher führen müssen, sofern sie Ausgleichszahlungen erhalten und parallel Tätigkeiten außerhalb der DAWI-Leistungen ausüben. Neu an der Überarbeitung im Rahmen des Monti-Pakets war die Pflicht unabhängig von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Beihilfe, die getrennte Buchführung einzuführen, um die Kontrolle einer Überkompensation zu erleichtern.

### **5. Das Verhältnis zwischen den Altmark-Trans-Kriterien und Art. 106 (2) AEUV**

Zwischen der Rechtsprechung zu Art. 106 (2) AEUV und der Altmark-Trans-Rechtsprechung lassen sich Gemeinsamkeiten feststellen. Umgekehrt wird aber klar, dass es sich bei der Altmark-Trans-Rechtsprechung um eine andere Perspektive als bei der Anwendung des Art. 106 (2) AEUV handelt, welcher grundsätzlich offener ist.<sup>171</sup> So wurde das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 106 (2) S.1 AEUV bisher eher offen interpretiert. Auch die spezielle Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 106 (2) S.2 AEUV wurde bisher nicht stringent ausgelegt und etablierte mehr eine allgemeine und nicht strenge Abwägung zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten an der Funktionsfähigkeit der DAWI-Leistungen und dem Interesse der Union an einem funktionierenden Wettbewerb und Handel. Immerhin sieht ein Teil der Literatur im Art. 106 (2) AEUV bereits einen Überkompensationstest angelegt.<sup>172</sup> Vor allem für das vierte Altmark-

<sup>170</sup> Richtlinie 2005/81/EG der Kommission vom 28.11.2005, ABl. 312/47, zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.

<sup>171</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 119ff.

<sup>172</sup> Mit weiteren Verweisen Klasse, in: Heidenhain, European State Aid Law, 2010, §28 Rnd.125. Eindeutig dagegen Wolf, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, Art. 107 AEUV Rnd. 821. Siehe dazu auch unten Teil D.I.6.b. sowie Teil D.II.9.

Trans-Kriterium gibt es bisher keine Parallele. Ein solcher Effektivitätstest wird im Rahmen des Art. 106 (2) AEUV nicht gefordert.

## **6. Auslegung der Altmark-Trans-Kriterien**

### **a) Das 1. und 2. Altmark-Trans-Kriterium und der Betrauungsakt**

Der EuGH hat in seinem Altmark-Trans-Urteil die Form der Betrauung offen gelassen: Es hat dem nationalen Gericht lediglich vorgegeben zu prüfen, ob sich die geltend gemachten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen aus den nationalen Rechtsvorschriften ergeben.<sup>173</sup> In der Rechtsprechung des EuGH zum Art. 106 (2) AEUV haben die Richter verlangt, die Betrauung müsse durch einen Akt der öffentlichen Gewalt erfolgen.<sup>174</sup> Die Kommission spricht von einem oder mehrere Rechts- oder Verwaltungsakten.<sup>175</sup> Sofern es sich um einen Vertrag handelt, muss dieser infolge eines Hoheitsaktes erfolgen.<sup>176</sup> Gefordert wird eine rechtswirksame Konkretisierung der Verpflichtungen.<sup>177</sup> Strittig ist, inwiefern eine Individualisierung erfolgen muss oder nicht abstrakt-generelle Regelungen möglich sind.<sup>178</sup> Für die Umsetzung im deutschen Recht heißt es im neuen Prüfungsstandart der Wirtschaftsprüfer für Beihilfen an öffentliche Unternehmen: „Es muss sich um eine rechtsverbindliche Verpflichtung des Unternehmens zur Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge handeln. Im deutschen Recht kommen hierfür u.a. Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte (z.B. Zuwendungsbescheid) und Verträge in Betracht. Ob ein Ratsbeschluss in Verbindung mit einem Gesellschafterbeschluss der Kommune diesen Anforderungen genügt, ist durch die Rechtsprechung bislang nicht geklärt.“<sup>179</sup> Die inhaltlichen Kriterien an den

<sup>173</sup> EuGH, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, I-7747, Rnd. 89.

<sup>174</sup> EuGH, C-66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, I-803, Rnd. 55.

<sup>175</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. Rnd. 12.; Art. 4 (1) DAWI-Freistellungsentscheidung a.F.

<sup>176</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 50., siehe auch Wolf, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV Rnd. 818, das Kriterium des Hoheitsaktes nicht strikt angewandt sehend, Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.61.

<sup>177</sup> EuGH, C-7/82, GVL, Slg. 1983, 483, Rnd. 29.

<sup>178</sup> Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd.50.

<sup>179</sup> Institut der Wirtschaftsprüfer, IDW PS 700, Prüfung von Beihilfen nach Artikel 107 AEUV insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen; WPg Supplement 1/2013, S. 38 ff., FN-IDW 1/2013, S. 39 ff.; Rnd. 41ff.; Für die Umsetzung durch die deutschen Kommunen wird

Betrauungsakt werden von der Kommission im Monti-Paket vorgegeben.<sup>180</sup> Danach muss die Betrauung des DAWI-Unternehmens folgende Punkte benennen:

- (1) Die Art der Gemeinwohlaufgabe und die Dauer der Übernahmeverpflichtung müssen genau festgelegt sein.
- (2) Das betraute Unternehmen muss benannt und der geographische Geltungsbereich der Verpflichtung muss festgelegt sein.
- (3) Die Art und die Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen und besonderen Rechte müssen aus dem Betrauungsakt hervorgehen.
- (4) Der Betrauungsakt muss die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichsfinanzierungen benennen.
- (5) Schließlich müssen die Modalitäten der Rückzahlung eventueller Überkompensierungen festgelegt und Vorkehrungen zur Überkompensierung getroffen werden.

Die Aufgabendefinition in der Betrauung muss so klar wie möglich sein. Eingeräumt wird, dass es Unterschiede bezüglich der Beschreibbarkeit von DAWI-Leistungen geben kann.<sup>181</sup> In seiner ersten Entscheidung nach Altmark-Trans über die Finanzierung von Hafendarbeiten lehnte der EuGH das 1. Altmark-Trans-Kriterium ohne weitere Prüfung ab, weil die Leistung der Hafendarbeit nicht als „im allgemeinen Interesse“ stehend beschrieben worden war und keine Papiere vorgelegt werden konnten, welche die Aufgaben ausreichend definiert hatte.<sup>182</sup> Dabei beschränkt sich die Kommission grundsätzlich auf eine Missbrauchskontrolle. Für neuen

Gesprächsstoff in Deutschland sorgt eine Entscheidung der Kommission, in der sie die Tätigkeit eines Zweckverbandes für Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz nicht als eine DAWI i.S.d. ersten Altmark-Trans-Kriteriums angesehen hat.<sup>183</sup> Zu betonen ist jedoch, dass die Kommission den Bereich bereits für umfassend europarechtlich reguliert ansah, weswegen die Kommission ihre Missbrauchskontrolle nicht unbedingt ausgeweitet, sondern lediglich auf vorhandene Verpflichtungen hingewiesen hat.<sup>184</sup> Kritisch ist hingegen das jüngste Urteil des EuG im Bereich der Krankenhausfinanzierung, welches eine vorläufige Kommissionsentscheidung über die Nichteinleitung eines förmlichen Prüfverfahrens zu beihilfenrechtlichen Vereinbarkeit einer belgischen Krankenhausfinanzierung mit Blick auf das 1. Altmark-Trans-Kriterium für nichtig erklärt hat.<sup>185</sup> So kann nach Ansicht des EuG die Kommission sich nicht pauschal und abstrakt auf die Gemeinwohlverpflichtungen von Krankenhäusern berufen, sondern muss konkret überprüfen, inwiefern sich hier im Vergleich zu den anderen privaten Marktteilnehmern ein Unterschied ergeben könnte.<sup>186</sup>

Insgesamt sind die Vorgaben an die inhaltliche Ausgestaltung des Betrauungsaktes sehr umfassend und müssen bereits zu einem Zeitpunkt festgelegt werden, zu dem es den Rechtsanwendern vielfach nicht möglich oder belastend erscheint, eine genaue Aufgabenbeschreibung vorzunehmen. Nachträgliche Anpassungen und Änderungen der Ausgleichsparameter für die Zukunft sind aber möglich.<sup>187</sup> Aus der EuGH-Rechtsprechung folgt nur, dass die Finanzierung vor der einschlägigen Rechnungsperiode stattfinden muss. Die Ausgleichsparameter sind so transparent und objektiv wie möglich in den Betrauungsakt festzuschreiben. Aus dem Ziel heraus, eine Überkompensation zu verhin-

von Jennert das sogenannte „Münchener Modell“ in Form eines Gesellschafterbeschlusses dem „NRW-Modell“ in Form eines Zuwendungsbescheides als Verwaltungsakt gegenübergestellt, wobei der Autor sich aufgrund von Finanzierungsvorteilen sowie der klaren Rechtsbindung für den Zuwendungsbescheid ausspricht; Jennert, EU-Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, in: KommP 1/2013, S.7.

<sup>180</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F., Rnd. 12; DAWI-Freistellungsentscheidung a.F., Art. 4.

<sup>181</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.66ff., der im Ausnahmefall zu Recht auch eine funktionale Aufgabenbeschreibung für möglich hält.

<sup>182</sup> EuGH, C-34/01-C38/01, Enirisorse, Slg. 2003, I-14243, Rnd.34, siehe auch Klasse, in: Heidenhain, European State Aid Law, 2010, §28 Rnd.46.

<sup>183</sup> Kommission, Entscheidung v. 25.4.2012, Zweckverband Tierkörperbeseitigung, C19/2010, ABl. L 236. Rnd. 186ff.

<sup>184</sup> Ebd.

<sup>185</sup> EuG, T-137/10, CBI/Kommission, BeckRS 2012, 82356, Rnd. 95ff.

<sup>186</sup> Für eine Besprechung siehe Heise, Defizitfinanzierung zu Gunsten öffentlicher Krankenhäuser auf dem beihilfenrechtlichen Prüfstand, in: EuZW 2013, S.769ff. Nicht verkannt werden darf, dass es sich in der Sache nicht abschließend um den Sachverhalt, sondern lediglich um den Prüfungsauftrag der Kommission gehandelt hat.

<sup>187</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.71; Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rnd. 117ff.; Wolf, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rnd. 821.

dem, ist dies konsequent. Die Höhe des Ausgleichs muss letztlich von einem Dritten nachvollzogen werden können.<sup>188</sup> Im Falle besonderer Rechte sind diese ebenfalls klar zu benennen und mit einem wirtschaftlichen Wert zu versehen. Aufgrund auftretender Preisschwankungen ist es nachvollziehbar, dass die Kommission eine Überwachung sowie eine mögliche Anpassung der Ausgleichsparameter verlangt.<sup>189</sup> Die Überwachung sollte regelmäßig stattfinden.<sup>190</sup> Im Gegensatz zur Kommission hat das EuG in seiner Entscheidung TV2/Danmark die Kontrolle der Haushalte durch einen Rechnungshof für ausreichend erklärt, selbst wenn dieser die Überkompensation am Ende nicht abstellen kann.<sup>191</sup> Gewährleistet sein müsste aber, dass ein negatives Ergebnis zu einer weiteren Kontrolle der staatlichen Stellen führt. Bei festgestellten Überkompensierungen unterhalb von 10% ermöglicht die Kommission eine Anrechnung auf die nächste Folgeperiode, um dauerhafte Rückforderungsstreitigkeiten zu verhindern.<sup>192</sup> Die im Gemeinschaftsrahmen genannten Modalitäten zur Anpassung, die ebenfalls im Betrauungsakt enthalten sein müssen, beziehen sich auf genannte Preisschwankungen und bedeuten nicht, dass die Aktualisierung des Betrauungsaktes für die Zukunft nicht möglich ist, wenn dies vorher nicht angekündigt worden ist.<sup>193</sup>

### **b) Das dritte Altmark-Trans-Kriterium und die angemessene Ausgleichshöhe**

Das dritte Altmark-Trans-Kriterium besagt, dass der Ausgleich nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der DAWI-Leistung unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung der Verpflichtungen zu decken. Dabei macht der EuGH leider keine Präzisierungen: Weder in Bezug auf die Kostenberechnung, noch auf die Frage, wie die Einnahmeseite und der angemessene Gewinn zu berechnen sind. In Abgrenzung zum vierten Altmark-

Trans-Kriterium wird nur gefragt, was das Unternehmen sinnvollerweise zur Berechnung des Ausgleichs bei der Berechnung der Kosten mit einbeziehen darf und nicht ob diese Kosten effizient zustande gekommen sind. Die Kommission folgt unter Verweis auf das EuGH-Urteil Chronopost dem sogenannten Vollkostenansatz.<sup>194</sup> Danach sind sämtliche Kosten zu berücksichtigen, die im Rahmen der Erbringung der DAWI-Leistung entstehen. Insbesondere wenn das Unternehmen in anderen Bereichen tätig ist, die nicht mit der DAWI-Leistung in Verbindung stehen, gilt es nach einer Zurechnung der Kosten zu fragen. Dadurch ergibt sich die komplizierte Abgrenzung der variablen Kosten gegenüber den Fixkosten, d.h. die Kosten, die einmalig unabhängig der Produktionsmenge auftreten, aber für die Nicht-DAWI-Unternehmensfelder relevant geworden sind. In diesem Fall greifen die Anforderungen der Transparenzrichtlinie, d.h. insbesondere die getrennte Buchführung.<sup>195</sup> Die Kommission erkennt an, dass neben den für die DAWI-Leistung ergebenden variablen Kosten ein angemessener Teil der anfallenden Fixkosten mit in die Berechnung des Ausgleichs hinzugezogen werden kann. Ebenfalls darf eine der DAWI-Leistung zurechenbare angemessene Rendite des Eigenkapitals genauso wie Investitionen mit hineinfließen, die für das Funktionieren der DAWI-Leistung notwendig sind. Der Vollkostenansatz ist in der Literatur umstritten: Die Kritiker befürchten, dass ohne das Setzen von Effizianzanreizen bereits bei der Kostenaufstellung wirtschaftlich nicht vertretbare Ausgaben in die Rechnung mit hinein fließen.<sup>196</sup> Die Befürworter machen dagegen zu Recht geltend, dass den Unternehmen nicht die Pflicht auferlegt werden könne, notfalls defizitäre Leistungen zu erbringen.<sup>197</sup> Zudem berücksichtige bereits das vierte Kriterium die Frage der Effizienz. Eine Überprüfung bei der Kostenaufstellung mache das vierte Kriterium obsolet.<sup>198</sup> Auf der Einnahmeseite müssen sämtliche Erträge berücksichtigt werden, die

<sup>188</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.73ff.

<sup>189</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. Rnd. 21.

<sup>190</sup> Vgl. Art. 6. DAWI-Freistellungsentscheidung a.F. sowie DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F., Rnd.20.

<sup>191</sup> EuG, T-309/04, TV2/Danmark/Kommission, Slg. 2008, II-2935, Rnd. 219ff.

<sup>192</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F., Rnd. 21.

<sup>193</sup> So auch hervorhebend Traupel, EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge/Ein Leitfadens im Auftrag des Landes NRW, S.28f.

<sup>194</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F., Rnd. 16. Sowie Art. 4 (2) DAWI-Freistellungsentscheidung a.F., EuGH C-83/01/C-94/01, Chronopost, Slg. 2003, I-6993, Rnd. 40.

<sup>195</sup> Richtlinie 2005/81/EG der Kommission vom 28.11.2005, ABl. 312/47

<sup>196</sup> Kritisch und ausführlich mit weiteren Verweisen Wolf, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV Rnd. 828ff.

<sup>197</sup> Bartosch, Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken, in: NVwZ 2002, S.175.

<sup>198</sup> Den Privat-Investor-Ansatz durchprüfend und trotzdem dem Vollkostenansatz folgend Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfenrecht des EG-Vertrages, S.96ff.

das Unternehmen mit der DAWI-Leistung erwirtschaftet.<sup>199</sup> Bei einer Ausgleichsfinanzierung des öffentlichen Rundfunks müssen zum Beispiel die Werbeeinnahmen einbezogen werden.<sup>200</sup> Der im 3. Altmark-Trans-Kriterium erwähnte „angemessene Gewinn“ wird von der Kommission als die Produktivitätsgewinne ausgelegt, die über einen zuvor festgelegten Zeitraum ohne Reduzierung der vom Staat vorgegebenen Qualität erzielt wurden.<sup>201</sup> Angemessene Rendite bezeichnet einen angemessenen Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos. In der Regel darf die in dem betroffenen Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht überschritten werden. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das DAWI-Unternehmen dienen, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder ggf. aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden, wenn die besonderen Charakteristika des jeweiligen Sektors berücksichtigt werden. Bei der Festlegung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten laut Gemeinschaftsrahmen Kriterien zugrunde legen, um Anreize für die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und für Produktivitätsgewinne zu setzen. In der Praxis bereitet die genaue Berechnung sichtlich Schwierigkeiten: In der Entscheidung Busverkehr Wittenberg reichte es der Kommission nicht aus, dass der Ausgleichsbedarf erfolgsabhängig nach der Anzahl der beförderten Personen des Transportunternehmens festgelegt war. Vielmehr musste eine genaue Verbindung zwischen den einzelnen Kostenpunkten und der erhaltenden Ausgleichssumme hergestellt werden.<sup>202</sup> Zu Recht wird ein Mangel an Flexibilität und die Notwendigkeit fixer Margen kritisiert.<sup>203</sup>

<sup>199</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. Rnd.17.

<sup>200</sup> Kommission, Entscheidung v. 20.04.2011, TV2/Danmark, Beihilfe C 2/03, ABl. EU 2011 L 340/1, Rnd. 91.

<sup>201</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. Rnd. 14.

<sup>202</sup> Kommission, Entscheidung vom 15.09.2009, Busverkehr Landkreis Wittenberg, N 206/2009, ABl. C 255 vom 24.10.2009, Rnd. 60.

<sup>203</sup> Lübbig, Thomas, EU-Beihilfenrecht – Vorlesungsbeigleitendes Skript, S.60, hinzuweisen ist, dass im Fall Busverkehr Wittenberg zudem noch ein Vergabeverfahren vorlag, was diese strikte Kontrolle doppelt in Frage stellt.

### c) Das vierte Altmark-Trans-Kriterium – Das Effizienzkriterium

Die meisten Entscheidungen der Kommission nach der Altmark-Trans-Entscheidung beschäftigten sich mit dem vierten Altmark-Kriterium. Aufgrund der Effizienzanforderungen ist es das umstrittenste, weil meist nicht erfüllte oder erfüllbare Kriterium.<sup>204</sup> Es besagt, dass es für die Mitgliedstaaten nicht ausreicht, lediglich im Sinne des dritten Kriteriums einen wohl definierten Ausgleich der durch die DAWI-Leistungen entstandenen Kosten vorzunehmen. Vielmehr muss die DAWI-Betrachtung im Wege eines Vergabeverfahrens stattgefunden haben, dass die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der die DAWI zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann. Alternativ kann – falls ein Vergabeverfahren nicht passend erscheint – die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes und zudem für die Aufgabe passend ausgestattetes Unternehmen aufwenden würde.<sup>205</sup> Aus dem Wortlaut des vierten Kriteriums lässt sich ein Vorrang für das Vergabeverfahren ableiten.<sup>206</sup> In der Literatur und seitens der Interessengruppen wird zu Recht kritisch hinterfragt, ob der EuGH und die Kommission das Beihilferecht zugunsten der Durchsetzung des Vergaberichts verwenden darf.<sup>207</sup> Die Kommission sieht in einem durchgeführten Vergabeverfahren unter den klassischen Mindestkriterien (Offenheit, Transparenz, Nichtdiskriminierung) die Vermutung, dass die geringsten Kosten für die Allgemeinheit entstehen und somit die Transaktion im Sinne des Marktes

<sup>204</sup> Kommission, Entscheidung v. 20.04.2011, TV2/Danmark, Beihilfe C 2/03, ABl. EU 2011 L 340/1; Kommission, Entscheidung v. 26. 11. 2008, Österreich – Postbus Lienz, Beihilfe C 16/2007, Kommission, Entscheidung vom 15.09.2009, Busverkehr Landkreis Wittenberg, N 206/2009, ABl. C 255 vom 24.10.2009.

<sup>205</sup> Vgl. EuGH, C-280/00, Altmark-Trans, Slg. 2003, Rnd.93.

<sup>206</sup> Die genaue Abgrenzung zwischen Beihilfenrecht und Vergaberecht erfolgt letztlich anhand der Form der Betrauung: Unter das Vergaberecht können nur Verträge i.S.d. §99 (1) GWB fallen. Alle anderen Maßnahmen, die staatliche Zuwendungen beinhalten, aber nicht in einem Vertrag bestehen, können lediglich Gegenstand des Beihilferechts sein. Zudem sind die Ausnahmetatbestände des Vergaberichts zu beachten. Das heißt die Legalausnahmen des §100 (2) GWB sowie die sogenannte Inhouse-Vergabe. Heinbuch/Käppel, Das Verhältnis des Beihilfenrechts zum Vergaberecht nach dem „Almunia-Paket“, in: KommP 1/2012, S.13.

<sup>207</sup> Sehr kritisch Markowski, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Land Nordrhein-Westfalen, Die neuen Vorschriften des EU-Beihilferechts 2012, Tagungsdokumentation, S.41.

stattfindet und Überkompensationen ausgeschlossen sind.<sup>208</sup> Daran wird zu Recht kritisiert, dass dies einen funktionierenden Markt mit mehreren Bietern erfordert und selbst dann nicht immer die geringsten Kosten für die Allgemeinheit hervorbringt.<sup>209</sup> Zudem sind Vergabeverfahren häufig unflexibel und können damit nicht in jedem Fall den umfassenden qualitativen Ansprüchen der DAWI gerecht werden. Umstritten ist zudem, inwiefern andere Zuschlagskriterien als der Preis wie insbesondere „das wirtschaftlichste Angebot“ berücksichtigt werden dürfen.<sup>210</sup> Schließlich wird kritisiert, dass selbst im Falle von Vergabeverfahren ein beihilfefreier „sicherer Hafen“ nicht garantiert ist.<sup>211</sup> In der Entscheidung *Busverkehr Wittenberg* hat die Kommission festgestellt, dass die Ausgleichsfinanzierung an ein lokales Transportunternehmen trotz eines Vergabeverfahrens nicht den Altmark-Trans-Kriterien genüge, weil der Zusammenhang zwischen den Kosten und der anschließenden Ausgleichsfinanzierung i.S.d. dritten Altmark-Trans-Kriteriums nicht ausreichend dargestellt worden war.<sup>212</sup> Derartige Rechtsunsicherheiten treten umso mehr bei dem Vergleichstest mit einem gut geführten, durchschnittlichen Unternehmen auf, der als Alternative zu einem Vergabeverfahren herangezogen werden kann. Die Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis keine klare Linie erkennen lassen.<sup>213</sup> Während sie in ihrer *Dorsal- und Postal-Italiane*-Entscheidung jeweils aufgrund vorliegender ökonomischer Vergleichsstudien eine Vereinbarkeit mit dem Kriterium feststellte,<sup>214</sup>

führte sie in der Entscheidung *Postbus Lienz* den neuen Unterschied zwischen einem „durchschnittlichen“ und einem „gut geführten“ Unternehmen ein. In ihrer Prüfung kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass das österreichische DAWI-Unternehmen lediglich durchschnittlich sei und damit nicht effizient gearbeitet habe, was zu weiteren Rechtsunsicherheiten geführt hat.<sup>215</sup>

## 7. BUPA-Rechtsprechung

Insgesamt lässt sich eine strikte Anwendung aller vier Altmark-Trans-Kriterien erkennen.<sup>216</sup> Das EuG hat in der Rechtsache BUPA mit einer flexibleren Anwendung insbesondere des dritten und vierten Altmark-Trans-Kriteriums für neuen Auslegungsbedarf gesorgt.<sup>217</sup> In dem Fall ging es um ein Risikoausgleichssystem (RES) auf dem irischen Markt für private Krankenversicherungen. Das RES soll die Gefahr einer Risikoauslese verhindern und jene Versicherer entlasten, die vermehrt „schlechte Risikofälle“ aufnehmen. Die Versicherungsunternehmen mit einem durchschnittlichen Risikoprofil sind so gezwungen, Abgaben zu zahlen. BUPA, ein Versicherer, der unter diesem System zahlen musste, legte Beschwerde bei der Kommission ein. Nachdem die Kommission entschied, dass die „RES lediglich Zahlungen enthalte, welche auf ein Minimum an notwendigem Ausgleich für die Verpflichtungen der Versicherungsunternehmen vorgesehen sei“ und eine weitere Prüfung verneinte, erhob die BUPA Klage vor dem EuG. Das EuG entschied, dass das RES ein allgemeines Regelwerk sei, welches auf einer Gesamtheit von Bestimmungen allgemeiner Geltung beruht, deren Umsetzung zwar bis zu einem bestimmten Grad durch objektive und transparente Kriterien vorbestimmt, aber nicht in allen Einzelheiten vorhersehbar ist.<sup>218</sup> Nachdem das EuG das Vorliegen einer DAWI anerkannte, prüfte er die spezielle Verhältnismäßigkeit des Ausgleichssystems im Sinne des Art. 106 (2) AEUV. Bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Art. 106 (2)

<sup>208</sup> Klasse, in: Heidenhein, *European State Aid Law*, §28, Rnd.63.

<sup>209</sup> Mühler, *Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs*, in: *EStAL* 2009, S.39. Ausführlich auch Geradin, *Public Compensation for Services of General Economic Interest*, in: *EStAL* 2012, S.54.

<sup>210</sup> Sinnaeve, *Whats New in SGEI in 2012?*, in: *EStAL* 2/2012, S.353. Die Kommissionspraxis legt nahe, dass die öffentlichen Auftragnehmer in ihrer qualitativen Beschreibung der DAWI-Leistung frei sind, bezüglich der Zuschlagskriterien aber nicht zusätzlich bestimmte qualitative Punkte wie etwa die Beschäftigung in ihrer am Ende getroffene Entscheidung berücksichtigen können. Sinnaeve, *Whats New in SGEI in 2012?*, in: *EStAL* 2/2012, S.353. Kommission, Entscheidung v. 16.12.2003, Irland – Elektrizitätserzeugungskapazität für Versorgungssicherheit, Beihilfe N 475/2003, ABl. C/04/08 vom 7.2.2004.

<sup>211</sup> Klasse, in: Heidenhein, *European State Aid Law*, §28, Rnd.66.

<sup>212</sup> Kommission, Entscheidung vom 15.09.2009, *Busverkehr Landkreis Wittenberg*, N 206/2009, ABl. C 255 vom 24.10.2009

<sup>213</sup> Klasse, in: Heidenhein, *European State Aid Law*, §28, Rnd.68.

<sup>214</sup> Kommission, Entscheidung v. 3.5.2005, Frankreich – Errichtung einer Hochgeschwindigkeitsinfrastruktur im

*Limousin* (in Dorsal), Beihilfe N 382/2004, ABl. 230/06 v. 20.9.2005; Kommission, Entscheidung v. 22.11.2006, *Poste Italiane – Gezahlte Vergütung für die Verteilung von Postfinanzprodukten*, Beihilfe C 49/06, ABl. Nr. 31 v. 31.02.2007.

<sup>215</sup> Kommission, Entscheidung v. 26. 11. 2008, Österreich – *Postbus Lienz*, Beihilfe C 16/07, ABl. L 306/26, Rnd. 88. Im Ergebnis wurde die Finanzierung aber aufgrund von Art. 93 AEUV (ex-Art. 73EG) gerechtfertigt.

<sup>216</sup> Klasse, in: Heidenhein, §28, Rnd. 49.

<sup>217</sup> EuG, T-289/03, BUPA, Slg. 2008, II-81.

<sup>218</sup> Ebd., Rnd. 265.

AEUV und den Altmark-Trans-Kriterien sah das EuG eine weitgehende Übereinstimmung und prüfte daraufhin die Altmark-Trans-Kriterien parallel.<sup>219</sup> Das erste Altmark-Trans-Kriterium sah das Gericht als erfüllt an. Die Richter räumten den Mitgliedstaaten ein Ermessen nicht nur hinsichtlich der Definition der DAWI-Aufgabe ein, sondern auch bei der Bestimmung des Ausgleichs der Kosten, da letzteres von komplexen wirtschaftlichen Tatsachen abhinge.<sup>220</sup> Zwar sei daraufhin die objektive Nachvollziehbarkeit der Parameter im Sinne des 2. Kriteriums umso erforderlicher. Der Gerichtshof sah allerdings den Transparenz-Test im BUPA-Fall ebenso für erfüllt an, insofern die mathematische Komplexität der Berechnungen die Genauigkeit und Klarheit der einschlägigen Parameter grundsätzlich nicht beeinflusse.<sup>221</sup> Schwierigkeiten bereiteten das dritte und vierte Altmark-Trans-Kriterium. Bei dem Überkompensations-Test räumte das EuG ein, dass in diesem Falle eine strikte Berechnung der Mehrkosten der DAWI nicht geleistet worden sei. Gleichzeitig führte es jedoch aus, dass eine strenge Anwendung des 3. Altmark-Kriteriums in diesem Falle das Funktionieren des Ausgleichssystems in Frage gestellt hätte. Es könne weder Sinn noch Zweck des Überkompensations-Test sein, die Berücksichtigung der Einnahmen im Rahmen eines von den Einnahmen losgelösten Ausgleichssystems zu fordern.<sup>222</sup> Der Kommission könne nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe diese Kosten und Einnahmen nicht ausreichend berücksichtigt, womit das dritte Kriterium bejaht wurde.<sup>223</sup> Dieser Logik folgend, konnten die Einwände bezüglich des vierten Kriteriums auch nicht durchdringen. Die Richter führten an, dass der geforderte Effizienznachweis im vorliegenden Falle weder erforderlich, noch möglich sei. Denn es sei unstrittig, dass das RES nicht bestimmte Kosten ausgleichen solle, die durch die Erbringung der DAWI-Leistung entstanden seien. Darüber hinaus seien die Ausgleichssummen nicht nach den Erträgen des DAWI-Unternehmens alleine beurteilt worden, sondern eben aufgrund eines Vergleiches der Risikoprofile der unterschiedlichen Unternehmen.<sup>224</sup>

<sup>219</sup> EuG, T-289/03, BUPA, Slg. 2008, Rnd. 224ff.

<sup>220</sup> Ebd., Rnd. 214.

<sup>221</sup> Ebd., Rnd. 217.

<sup>222</sup> Ebd., Rnd. 241.

<sup>223</sup> Ebd., Rnd. 242.

<sup>224</sup> Ebd., Rnd. 246f.

In der Literatur ist die Deutung des BUPA-Falls umstritten. Während die eine Seite den Fall zu Recht heranzieht, um das Ermessen der Mitgliedstaaten im Bereich der DAWI zu unterstreichen und BUPA als Präzedenzfall nutzen will, um auf die notwendige flexible Handhabung der Altmark-Trans-Kriterien hinzuweisen, versucht die andere Seite den Fall als eine Besonderheit eines auf Solidarität beruhenden Versicherungssystems zu isolieren und weiterhin von einer strikten Anwendung der Altmark-Trans-Kriterien abzugehen.<sup>225</sup> Der EuGH hat bisher nicht die BUPA-Rechtsprechung übernommen.<sup>226</sup> Die Kommission hält den BUPA-Fall ausdrücklich für einen Sonderfall im Bereich der Versicherungen und bleibt bei ihrer Auslegungspraxis im Sinne der Altmark-Trans-Kriterien und des Monti-Pakets.<sup>227</sup>

## 8. Rechtsfolgen

Abschließend lässt sich das DAWI-Beihilfenrecht erst mit einem Blick auf mögliche Rechtsfolgen bewerten. Die Verfahrensregeln im Beihilfenrecht richten sich nach Art. 108 AEUV und der Beihilfenverfahrensverordnung EG/659/1999 (BeihilfenVerfVO).<sup>228</sup> Danach ist zunächst zwischen bestehenden und neuen Beihilfen zu unterscheiden: Während bestehende Beihilfen gem. Art. 108 (1) AEUV von der Kommission nur mit zweckdienlichen Maßnahmen und Vereinbarkeitsvorgaben für die Zukunft versehen werden können (repressives Verfahren), müssen neue Beihilfen grundsätzlich gem. Art. 108 (3) AEUV vor ihrer Durchführung angemeldet werden (präventives Verfahren). Trifft die Kommission im Falle der Überprüfung neuer Beihilfen eine Negativentscheidung dann ist die logische Konsequenz, dass die gezahlte Beihilfe *ex tunc* rechtswidrig ist und zurückgezahlt werden muss.<sup>229</sup> Bestehende Beihilfen sind nach Art. 1 lit b BeihilfenVerfVO defi-

<sup>225</sup> Ross, The BUPA judgement of the Court of First Instance, in: ELR 2009, S.139.; Gundel, Die Rahmenvorgaben des EU-Beihilferechts/Rechtsgutachten der Bayerische Landeszentrale für neue Medien, S.25ff..

<sup>226</sup> Z.B. EuGH, C-140/09, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, Slg. 2010, I-5243, Rnd. 40.; EuGH, C-399/08, Kommission/Deutsche Post, Slg. 2010, Rnd. 42ff., Gundel, Die Rahmenvorgaben des EU-Beihilferechts/Rechtsgutachten der Bayerische Landeszentrale für neue Medien, S.25f.

<sup>227</sup> Kommission, Entscheidung v. 20.04.2011, TV2/Danmark, Beihilfe C 2/03, ABI. EU 2011 L 340/1, Rnd. 126.

<sup>228</sup> Vom 22. März 2009, ABI. L 83/1.

<sup>229</sup> EuGH, C-348/93, Kommission/Italien, Slg.1995, I-673, Rnd.26; siehe auch Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rnd. 1168.

nirt und unter anderem solche Beihilfen, bei denen eine Anmeldung bereits erfolgt sowie die vorläufige Verfahrensfrist von zwei Monaten ohne eine Entscheidung der Kommission verstrichen ist.<sup>230</sup> Damit sind im Umkehrschluss eine Vielzahl an Beihilfen als neu einzustufen und unterliegen der Gefahr einer potentiellen Rückforderung.

Darüber hinaus ist nach Ansicht des EuGH das Durchführungsverbot des Art. 106 (3) AEUV ein unmittelbar anwendbares Verbot und kann deswegen in Deutschland im Wege der Konkurrentenklage geltend gemacht werden.<sup>231</sup> Eine Heilung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot kommt nicht durch eine nachträgliche Positiventscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit der gezahlten Beihilfe in Betracht, weil dies nach Ansicht des EuGH den gegen das Durchführungsverbot handelnden Beihilfengeber begünstigen würde.<sup>232</sup> Die genaue Ausgestaltung der Rechtsfolgenseite gegen das formelle Durchführungsverbot überlässt der EuGH den nationalen Gerichten. In Deutschland hat der BGH den Art. 108 (3) AEUV als Verbotsgesetz i.S.d. §134 BGB eingeordnet, was eine Gesamtnichtigkeit vertraglicher Ausgleichszahlungen zur Folge hat.<sup>233</sup> Die Entscheidung des BGH ist zunehmend umstritten, weil der EuGH in der Rechtssache CELF/SIDE und Wienstrom klargestellt hat, dass eine Rückforderung bei einer nachträglichen Positiventscheidung bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht von den nationalen Richtern erfolgen müsse.<sup>234</sup> Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung betonten die Richter hingegen, dass das Ziel immer nur die Wiederherstellung des *status quo ex ante* der Wettbewerbsverzerrung sei, mithin die Rückzahlung der Überkompensati-

on und keine Bestrafung.<sup>235</sup> Im Falle eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot müssen in jeden Fall aber die Zinsen zurückgezahlt werden, welche zwischen der Beihilfengewährung und der Positiventscheidung der Kommission liegen.<sup>236</sup> Insgesamt bleibt es dabei, dass die beihilfengewährenden Stellen selbst bei einem lediglich formalen Verstoß gegen das Durchführungsverbot mit einer Rückforderung rechnen müssen.<sup>237</sup> Im Falle der Altmark-Kriterien und der Freistellungsentscheidung gilt das formelle Durchführungsverbot jedoch nicht, sofern nach Überprüfung der Kommission bereits tatbestandlich keine Beihilfe vorlag bzw. eine Ausnahme von der Notifizierung angeordnet wurde.<sup>238</sup>

Die besagten Rechtsunsicherheiten im Rahmen der Altmark-Trans-Rechtsprechung führen dann zum Beispiel dazu, dass viele beihilfengewährenden Stellen sicher gehen und ein Notifizierung in jeden Fall vornehmen. Es wird vom Beihilfenempfänger verlangt, dass dieser in der Lage und zudem verpflichtet ist, die Einhaltung der beihilfenrechtlichen Verfahrensregeln zu überprüfen.<sup>239</sup> Gegen eine Rückforderungspflicht im Falle einer Negativentscheidung können gem. Art. 14 (1) S.1 BeihilfenVerfVO nur die auf der EU-Ebene definierte Prinzipien der Rechtssicherheit, die Grundsätze des Vertrauensschutzes oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geltend gemacht werden. Vertrauensschutz gilt nur bei Beihilfen, die im Sinne der BeihilfenVerfVO älter als zehn Jahre sind oder wenn die Kommission in einer vorherigen Entscheidung bereits die Rückforderung bzw. Rechtswidrigkeit einer Beihilfe ausgeschlossen hatte. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bereich der DAWI-Leistungen wird nach Ansicht der Kommission bereits dadurch nachgekommen, indem Überkompensierungen unter 10 % auf die zukünftige Förderperiode ange-

<sup>230</sup> Für eine Einordnung wann genau bestehende Beihilfen zu neuen Beihilfen werden, siehe Soltesz/Wagner, Wann werden „Altbeihilfen“ zu „Neubeihilfen“, in: EuZW 2013, S.856ff.

<sup>231</sup> EuGH, C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505, Rnd.12ff. Siehe auch Jennert, EU-Beihilfenrecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, in: KommP 2012, S.3.

<sup>232</sup> EuGH, C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505, Rnd.16, mit weiteren Verweisen Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.263. Im Übrigen entbindet die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe aufgrund des Durchführungsverbots die Kommission nicht von ihrer Überprüfungspflicht. EuGH, C-301/97, Boussac, Slg. 2006, I-307, Rnd. 11.

<sup>233</sup> BGH, Urteil v. 04.04.2003, abgedruckt in: EuZW 2003, S.444ff.

<sup>234</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rnd. 1168ff. EuGH, C-199/06, CELF/SIDE, Slg. 2008, I-469; EuGH, C-384/07, Wienstrom, Slg. 2008, I-10393.

<sup>235</sup> EuGH, C-384/07, Wienstrom, Slg. 2008, I-10393, Rnd. 31, siehe zum Ziel und Zweck der Beihilfenkontrolle auch EuGH, C-348/93, Kommission/Italien, Slg.1995, I-673, Rnd.26; ausführlich prüfend EuGH, C-75/97, Belgien/Kommission, Slg. 1999, I-3671, Rnd. 65ff.

<sup>236</sup> EuGH, C-384/07, Wienstrom, Slg. 2008, I-10393, Rnd. 29.

<sup>237</sup> Siehe jüngst auch BGH, Bschl. V. 13.09.2012, II ZB 3/12, in: NVwZ-RR 2012, S.960; Für eine Besprechung siehe Bartosch, Aktuelle letztinstanzliche Urteile zur beihilferechtlichen Stillhalteverpflichtung, in: EuZW 6/2013, S.208ff.

<sup>238</sup> Bauer, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, S.263.

<sup>239</sup> EuGH, C-94/87, Alcan I, Slg. 1989, S.175, EuGH, C-24/95, Alcan Deutschland, Slg. 1997, I-1607, Rnd. 27ff.

rechnet werden können.<sup>240</sup> Fraglich bleibt aber, ob bei kleineren, ebenfalls eher als formal erscheinenden Verstößen gegen die Bestimmungen im Rahmen des Monti-Pakets, insbesondere den Kriterien der Kontrollanforderungen im Rahmen des Freistellungsbeschlusses oder des DAWI-Gemeinschaftsrahmens, eine komplette Rückforderung der gezahlten Beihilfe das verhältnismäßige Mittel ist. Auch ist ungeklärt, inwieweit die Kommission in solchen Fällen, in denen keine Überkompensation festgestellt werden kann, nicht von der Möglichkeit einer Positiventscheidung mit Auflagen nach 7 (3) BeihilfenVerfVO für die Zukunft, Gebrauch machen kann. Das Risiko einer rechtswidrigen Beihilfe liegt nicht nur in der Gefahr möglicher Rückforderungen seitens der Kommission oder seitens eines Konkurrenten: Aus der grundsätzlichen Sorgfaltspflicht eines Geschäftsführers, sich über die Beihilfenregeln im Klaren zu sein, ergeben sich persönliche Haftungsrisiken.<sup>241</sup>

### 9. Zwischenzeitliche Bestandsaufnahme – Eine Lösung des Ziel- und Kompetenzkonflikts?

Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im bisherigen EU-Beihilfenrecht stellen einen anspruchsvollen Komplex aus tatbestandlichen Anknüpfungsfragen an den Beihilfenbegriff in Art. 107 (1) AEUV, der sich ebenfalls am Tatbestand ansetzenden Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH und einer sich über Art. 106 (2) und (3) AEUV ergebenden weitergehenden Auslegungsbefugnis und Rechtfertigungspraxis der Europäischen Kommission dar. Die in Teil B und C herausgearbeiteten primärrechtlichen Verankerungen ergeben Maßstäbe, unter denen eine Zwischenbeurteilung geleistet werden kann.

Der Lissabonner Vertrag hat die Stellung der DAWI gestärkt. Aus dem Art. 14 AEUV und dem neuen DAWI-Protokoll ergibt sich ein primärrechtliches Optimierungs- und Funktionsgebot der Union bezüglich der DAWI und ihren Besonderheiten. Vor diesem Hintergrund sind die vielen und an unterschiedlichen Stellen sich zeigenden Rechtsunsicherheiten im DAWI-Beihilfenrecht bereits vor jeder Wertung über die Erfordernisse des Wettbewerbs kritisch, weil die Nachfrager,

aber auch die Anbieter der DAWI-Leistungen unter ein ständiges Risiko der Rückforderung, des Abbruchs der Finanzierung oder sonstiger harter Rechtsfolgen gestellt und in ihrer tägliche Arbeit belastet werden. Zudem erhöhen die Rechtsunsicherheiten den Beratungsbedarf, der häufig durch externe Rechtsgutachter erkaufte werden muss. Die Bemühungen der Kommission, im Rahmen des Monti-Pakets sowie sonstiger Leitfäden und *non-papers* Klarheit in die Debatte und eine Einheitlichkeit herzustellen, sind zwar anzuerkennen, schaffen aber die grundsätzlichen Unsicherheiten nicht aus dem Weg. Einzuwenden ist dann, dass die Beihilfenregeln bezüglich der DAWI-Leistungen ein Recht im Werden ist und aufgrund der grundsätzlich positiv zu beurteilenden Modernisierungsbestrebungen sowohl auf EU-Ebene als auf Ebene der Mitgliedstaaten auf eine Art *trial and error*-Verfahren angewiesen ist.<sup>242</sup> Zudem sind die Rechtsunsicherheiten nicht nur alleine der Kommission anzulasten. Sie wurzeln vielmehr bereits einerseits in einer mangelnden politischen Initiative der Mitgliedstaaten sowie andererseits in dem umfassenden tatbestandlichen Beihilfenbegriff und der Rechtsprechung des EuGH und des EuG, die im Rahmen eines *judicial restraint* nicht gewillt sind, Korrekturen zu machen, sondern im Gegenteil etwa im Bereich der Krankenhausfinanzierung die in diesem Fall DAWI-freundliche Kommission in ihre Schranken weisen können.<sup>243</sup>

Daher ist zunächst ein gedanklicher Schritt zurück zu gehen und über sonstige sinnvolle Beschränkungen des Tatbestands der Beihilfen im Rahmen des Art. 107 (1) AEUV nachzudenken. Dies erfordert die in Teil B dargestellte Gefahr einer ausufernden Beihilfenkontrolle. Hier hat die Kommission mit der De-minimis-VO und ihrer Auslegungspraxis zum Kriterium der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels tatsächlich eine gute „Drehschraube“ gefunden, in der sie in schlüssiger Weise kleinere Bagatellfälle relativ leicht und ohne weitere Bürokratiekosten für die Beihilfenstellen vom Tatbestand herausnehmen kann.<sup>244</sup> Freilich kann aus

<sup>242</sup> In die Richtung Europaparlament, Entschließung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, 27.09.2006, Nr.10.

<sup>243</sup> Vgl. EuG, T-J013/10, CBI/Kommission, BeckRS 2012, 82356, Rnd. 95ff.

<sup>244</sup> Die Festlegung von Schwellenwerten fällt in diesem Bereich in den zulässigen Ermessensbereich der Kommission, vgl. Diskussion über Unionskonformität der De-minimis-VO bei von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 107 AEUV, Rnd. 85.

<sup>240</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. Rnd. 22ff.

<sup>241</sup> Jennert, in: EU-Beihilfenrecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, KommP, S.3.

Sicht des Funktions- und Optimierungsgebot des Art. 14 AEUV der Grenzwert von 200.000 Euro auf über drei Jahre in Bezug auf die DAWI-Leistungen als zu niedrig hinterfragt werden. Der allgemeine Ansatz ist aber zu begrüßen. Darüber hinaus wird im Rahmen des Tatbestands verständlicherweise von den Kommunalverbänden eine weitere Klarstellung und Erweiterung bezüglich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gefordert, die aufgrund ihrer Nichtwirtschaftlichkeit bereits von vornherein vom Tatbestand der Beihilfe herausgenommen werden.<sup>245</sup> Angesichts der eingrenzenden Wirkung der Rechtsprechung des EuGH sowie der Schwierigkeit, eine klare Abgrenzung zu finden, erscheint es jedoch zumindest verständlich, dass die Kommission sich an diesen Tatbestand bisher nicht wirklich herangetraut hat.<sup>246</sup> Ähnliches gilt wohl für den Tatbestand der Selektivität, welcher vor allem bei komplizierten DAWI-Fördermodellen zum Tragen kommt und bei dem gerade in Deutschland bezüglich des Gemeinnützigkeitsrechts zu Recht eine Klarstellung gefordert wird.<sup>247</sup> Die Altmark-Trans-Rechtsprechung setzt dagegen an dem Tatbestandskriterium der Begünstigung an und nimmt, unter der Voraussetzung der besagten vier Altmark-Trans-Kriterien, die DAWI-Leistungen aus dem Art. 107 (1) AEUV und der sich daraus ergebenden Notifizierungspflicht heraus. Dabei ist der Ansatz, die Finanzierung der DAWI-Leistungen über die Grenze der De-minimis-VO hinaus, notifizierungsfrei finanzieren zu lassen, zu begrüßen. Fraglich ist jedoch, inwiefern darüber hinaus dann die Bedingungen der Altmark-Trans-Kriterien wirklich notwendig sind: Dabei ist das grundsätzliche Ziel, Überkompensierungen aufgrund der Wettbewerbsposition anderer Anbieter zu verhindern, anzuerkennen. Die strikte Konsequenz, die daraus abgeleitet wird, lässt sich jedoch hinterfragen. Während die Anforderungen der Objektivität und der Transparenz im Rahmen eines zeitlich vor der Rechnungsperiode liegenden Betrauungsaktes aus der Rechtsprechung des Art. 106 (2) AEUV heraus nachzuvollziehen sind, stellt sich das Fragezeichen dann vor allem

<sup>245</sup> Siehe zum Beispiel Vereinigung kommunaler Spitzenverbände, Stellungnahme zur Konsultation der Kommission zum Monti-Paket, 09.09.2010.

<sup>246</sup> Siehe in Bezug auf die Alumina-Reform geschriebene ablehnende schlüssige Haltung von Merola/Ubaldi, *Are the New Rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI?*, in: *EstAL* 2012, S.22.

<sup>247</sup> Markowski, in: *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Land Nordrhein-Westfalen, Die neuen Vorschriften des EU-Beihilferechts 2012, Tagungsdokumentation*, S.39.

für das dritte und vierte Kriterium. Denn sowohl die detaillierte Kostenaufstellung genauso wie der Effizienztest eines grundsätzlichen Ausschreibungszwanges mit der möglichen Ausnahme eines Vergleiches mit einem „durchschnittlichen“ und „gut geführten“ Unternehmen erscheinen auf manche Arten der DAWI-Finanzierung nicht passend, was der BUPA-Fall gezeigt hat. Zum Durchschein kommen hier Grenzen einer Kommerzialisierbarkeit öffentlicher Aufgabenerfüllung und eine scheinbare Kontrolle durch Ökonomen, insofern bei vielen öffentlichen Leistungen zunächst bereits kein adäquates Preis-Leistungs-Verhältnis ermittelt werden kann.<sup>248</sup>

Sinnvoll ist dann vor allem eine sektorspezifische Sichtweise auf die DAWI-Leistungen, welche die Unterschiede sekundärrechtlich anerkennt und Flexibilität im DAWI-Beihilfenrecht ermöglicht.<sup>249</sup> So ist zum Beispiel eine Müllabfuhr eben nicht dasselbe wie die Arbeit von Krankenhäusern, wo sich die Versorgungsqualität schwieriger regulieren lässt.<sup>250</sup> Ein erster Schritt in diese Richtung sind die Versuche der Kommission und sonstiger Interessengruppen im Rahmen der DAWI-Leistungen den nicht primärrechtlichen Begriff der sogenannten Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse weiter zu schärfen und von anderen DAWI-Leistungen als besonders sensibel abzugrenzen.<sup>251</sup> Auf Seiten der Kommission begann dieser Prozess bereits mit einer Mitteilung im Jahr 2006<sup>252</sup>, indem erstmals besondere Charakteristika der Sozialdienstleistungen festgemacht wurden und gipfelte schließlich in dem Leitfadens 2010, in dem eine umfassende Zusammen-

<sup>248</sup> Sehr kritisch Bührle, *Gründe und Grenzen des EG-Beihilfeverbots*, S.270ff., der allerdings unter anderem bereits dogmatisch die Tatbestandslösung ablehnt, da es nicht um ein privatwirtschaftliches Ausgleichsverhältnis gehen könne.

<sup>249</sup> Merola/Ubaldi, *Are the New Rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI?*, in: *EstAL* 2012, S.22.

<sup>250</sup> Zum Verhalten privater Krankenhäuser im Vergleich zu öffentlichen Krankenhäusern siehe etwa Kramer, *Kommunale Krankenhäuser sind zukunftsfähig*, S.14.

<sup>251</sup> Neben der Kommission spielte das Europaparlament und der Ausschuss der Regionen eine Rolle. Zu erwähnen sind die Europäische Foren über Sozialdienstleistungen, die bisher 2007 in Lissabon, 2008 in Paris und 2010 in Belgien stattgefunden haben. Szyszczak, *Soft Law and Safe Havens*, in: U.a. Neergaard/Szyszcak, S.323ff, die den Prozess umfassend darstellt.

<sup>252</sup> Kommission, *Mitteilung über die Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon - Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union*, KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006.

fassung gegebene wurde.<sup>253</sup> So sind Sozialdienstleistungen nicht nur alle Leistungen des Systems der sozialen Sicherung, sondern insbesondere sogenannte persönliche Dienstleistungen, die einen besonderen Dienst am Menschen darstellen wie etwa Eingliederungsmaßnahmen. Danach sind Sozialdienstleistungen sowohl von nicht-wirtschaftlichem allgemeinem Interesse als vom wirtschaftlichem allgemeinem Interesse. Davon abgesehen verbleibt die Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 106 (2) AEUV im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens: Die Kommission deutet in ihrer Praxis an, dass sie im Falle eines Notifizierungsverfahrens eher bereit ist, Ausnahmen anzuerkennen, wenngleich sie ihr Ermessen an dieser Stelle durch den Art. 106 (3) AEUV wieder eingegrenzt hat. In ihrer DAWI-Freistellungsentscheidung a.F. sowie dem DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. lockert die Kommission das vierte Altmark-Trans-Kriterium, führt zur gleichen Zeit aber Verschärfungen hinsichtlich der ersten drei Altmark-Kriterien ein.

Es bleibt die Frage, inwiefern die Suche nach Flexibilität sowie Freiräumen und Vereinfachungen bei der Finanzierung der DAWI-Leistungen mit den Erfordernissen des Wettbewerbsschutzes und den Zielen des Beihilfenrechts vereinbar sind. Denn jede Offenheit und Zurücknahme an Kontrolle bildet letztlich die Gefahr einer Überkompensierung und damit einer Wettbewerbsverzerrung: Wie in Teil B bereits dargestellt, sind Abwägungen mit Gemeinwohlfragen dem Beihilfenrecht jedoch inhärent. Zwar beinhaltet der neoklassische Ansatz im Sinne einer Konsumentenwohlfrucht Konzepte im Sinne einer Effektivitätsprüfung. Vor dem Hintergrund des Art. 106 (2) AEUV i.V.m. Art. 14 AEUV und dem etablierten Funktions- und Optimierungsgebot erscheint es jedoch gerechtfertigt, dass zugunsten der DAWI Ausnahmen gemacht werden können. Zwar ist nichts gegen Modernisierungsbestrebungen im Rahmen der DAWI-Finanzierung einzuwenden, die positive Position der DAWI nach dem Lissabonner Vertrag verbietet aber eine einseitige Betrachtungsweise zugunsten der Erfordernisse des Wettbewerbs.

Dazu sprechen bereits die kompetenzrechtlichen Wertungen. Blickt man durch diese Brille auf das bisherige DAWI-Beihilfenrecht,

<sup>253</sup> Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, SEC(2010), 1545 endg., Rnd. 2.3.

dann sind die tatbestandlichen Eingrenzungen zwar zu begrüßen, da sie einer auf den ersten Blick freiwilligen Zurücknahme einer ausufernden Beihilfenkontrolle nahe kommen.<sup>254</sup> Auf den zweiten Blick ist der kompetenzrechtliche Konflikt jedoch auch nicht gelöst worden. Im Gegenteil: Die Einführung der vier Altmark-Trans-Kriterien sowie die besonderen Bedingungen der notifizierungsfreien Finanzierungen der DAWI-Leistungen stellen allesamt Rückausnahmen dar, welche die gerade gelobte freiwillige Zurücknahme der Beihilfenkontrolle zugleich wieder relativiert. Vor allem eine mögliche sich abzeichnende schärfere Missbrauchskontrolle bei der DAWI-Definition sowie die Einführung des dritten und vierten Altmark-Trans-Kriteriums bergen die Gefahr einer Fiskal- und Wirtschaftspolitik per Hintertür, die in der Lage ist, den Freiraum der Mitgliedstaaten sowie der lokalen sowie regionalen Selbstverwaltungen bei der Finanzierung der DAWI-Leistungen in Frage zu stellen, frei nach dem Motto: „Die Beihilfenkontrolle ist tot, es lebe die Beihilfenkontrolle!“. Dabei sind aus Sicht des Wettbewerbs die Ziele der Transparenz und Objektivität sowie der Modernisierung zwar zu begrüßen, die Altmark-Trans-Kriterien dürfen jedoch nicht dazu führen, das durch das DAWI-Protokoll hervorgehobene Ermessen der Mitgliedstaaten in der Organisation und Gestaltung der DAWI über die Gebühr strapaziert wird. Gewisse Ineffizienzen, die bei einem Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI, einer differenzierten Lockerung des dritten und vor allem aber des vierten Kriteriums auftreten können, sind dann aus Sicht der derzeitigen EU-Wirtschaftspolitik zu akzeptieren bzw. nur in Form eines *best practice*-Verfahrens anzusprechen. Diese Ausführungen sollen nicht einer Dramatik das Wort reden: Denn gerade der Art. 106 (2) AEUV, der Art. 106 (3) AEUV und das Monti-Paket der Kommission sowie der nicht zu vergessene Art. 14 S.2 AEUV zeigen Möglichkeiten auf, das bisherige Recht in einer differenzierten Art und Weise zu korrigieren.

<sup>254</sup> Koppmann, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, S.359.

## II. Die Almunia-Reform

### 1. Konsultationsprozess, Rechtsgrundlage und Ziele

Der Reformprozess zur Almunia-Reform begann mit einer Konsultationsphase von Juni bis Oktober 2010, in welcher die Mitgliedstaaten und sonstigen Rechtsanwender von der Kommission aufgefordert waren, zu der Anwendung des Monti-Pakets und dem DAWI-Beihilfenrecht schriftlich Stellung zu nehmen. Die Antworten bestätigten das Bild eines zu komplizierten DAWI-Beihilfenrechts. Die Rechtsanwender beklagten bestehende Unsicherheiten und forderten mehr Klarheit und eine Vereinfachung.<sup>255</sup> Neben einer Klarstellung bezüglich der Anknüpfungspunkte am Tatbestand der Beihilfe, wie der Frage der Nichtwirtschaftlichkeit oder der Handelsbeschränkung, gab es Forderungen nach einer Konkretisierung der Altmark-Trans-Kriterien, insbesondere den Anforderungen des Betrauungsaktes.<sup>256</sup> Daraufhin verfasste die Kommission mehrere zusammenfassende Papiere<sup>257</sup> und richtete am 23. März 2011 eine Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, in denen sie die ersten Grundzüge ihrer Reform darlegte.<sup>258</sup> Ziel sollte im Einklang mit den Forderungen mehr Klarheit sein, sowie ein vermehrt diversifizierter und verhältnismäßiger Ansatz.<sup>259</sup> In ihrer Zusammenfassung über den Konsultationsprozess hatte die Kommission bereits eingeräumt, dass ein differenzierter Blick auf die Sektoren notwendig sei: So gäbe es einerseits Sektoren, in denen tatsächlich verstärkt internationale Unternehmen tätig sind und verstärkter Handel zu beobachten ist, andererseits gäbe es weiterhin DAWI-Sektoren wie die Sozialdienstleistungen, in denen die Dienstleistungen vor allem lokal erbracht

werden. Zu beachten sei ferner, dass es Sektoren wie Transport, Telekommunikation, Energie und Post gäbe, die bereits umfassend reguliert seien und in denen das allgemeine DAWI-Sekundärrecht verdrängt oder parallel anzuwenden sei und Sektoren, die vollkommen unter das allgemeine DAWI-Sekundärrecht fielen.<sup>260</sup> Die Reform sollte darüber hinaus mit dem Gesamtziel des EU-Beihilfenrechts im Einklang stehen, welches nach Ansicht der Kommission im Sinne des *more economic approach* darin bestehe, nur solche Beihilfen zu gewähren, welche zu einem Ziel von gemeinsamen Interessen beitragen, geeignet und verhältnismäßig sind sowie den Wettbewerb nicht verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Die Reform wurde in den Kontext der Euro-Schuldenkrise gestellt, indem auf die notwendige Effizienz der Mittelvergabe sowie auf die besondere Rolle insbesondere der öffentlichen Sozialdienstleistungen zur Abfederung der Krise abgestellt wurde.<sup>261</sup> Gleichzeitig machte die Kommission klar, dass sie auf eine Anwendung des Art. 14 AEUV verzichten wolle und ihre Reform insbesondere wieder auf den Art. 106 (3) AEUV zu stützen gedenke.<sup>262</sup> Damit sollte die Almunia-Reform wie auch schon das Monti-Paket als *soft-law* erfolgen. Die Kritik vom Europaparlament, dem Wirtschafts- und Sozialausschuss und dem Ausschuss der Regionen an der Wahl der Rechtsgrundlage verhallte ungehört.<sup>263</sup> Die neuen Rechtstexte wurden dann am 16.09.2011 der Öffentlichkeit vorgelegt.<sup>264</sup> Bei einer Rede zur Vorstellung der Reform vor dem Europa-Kolleg in Brügge machte Joaquín Almunia erneut deutlich, dass jeder

<sup>255</sup> Kommission, Seite der Konsultation [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_sgei/index\\_de.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/index_de.html), letzter Zugriff am 22.03.2013.

<sup>256</sup> Hirsbrunner/Litzenberger, Ein bisschen Almunia im Monti-Kroes-Paket, in: EuZW 2011, S.744.

<sup>257</sup> Kommission, Arbeitspapier über die Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC(2011) 397. Kommission, Leitfadens zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, SEC(2010), 1545 endg.

<sup>258</sup> Kommission, Mitteilung der Kommission u.a. an das Europäische Parlament über die Reform der EU-Beihilfenvorschriften über DAWI-Leistungen, KOM(2011) 146 endg.

<sup>259</sup> Ebd., S.7.

<sup>260</sup> Kommission, Arbeitspapier über die Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC(2011) 397. S.38.

<sup>261</sup> Kommission, Mitteilung der Kommission u.a. an das Europäische Parlament über die Reform der EU-Beihilfenvorschriften über DAWI-Leistungen, KOM(2011) 146 endg., S.6.

<sup>262</sup> Ebd., S.3ff.

<sup>263</sup> Europaparlament, Bericht - Reform des EU-Beihilfenrecht über die DAWI-Leistungen, 2011/2146 (INI), 24.10.2011, Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme bezüglich der Reform des EU-Beihilfenrechts über die DAWI-Leistungen, CESF TEN 455 Juni 2011, Ausschuss der Regionen, Stellungnahme bezüglich der Reform des EU-Beihilfenrechts über die DAWI-Leistungen, AdR 7/2011, hervorgehoben von Righini, The Reform of the State Aid Rules on Financing of Public Services, in: EstAL 2/2012, S.10.

<sup>264</sup> Siehe Zusammenfassung, Seite Europäische Kommission, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_sgei/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_sgei/index_en.html), letzter Zugang am 10.05.2012.

verantwortliche Politiker auf die Herausforderungen der Austeritätsfragen und der Krise in Europa zu reagieren habe.<sup>265</sup> Die neuen Regeln müssten so aufgebaut sein, dass den staatlichen Einrichtungen bei der Bereitstellung ihrer DAWI-Leistungen geholfen werden, diese schlauer, effizienter und effektiver zu gestalten. Vom September bis zum 21. Oktober 2011 wurde dann eine zweite Konsultationsphase eingeleitet. Nach geäußerten Beschwerden an den Rechtstexten, nahm die Kommission noch einige Änderungen am Paket vor, um dieses am 20. Dezember 2011 zu beschließen und am 31. Januar 2012 in Kraft treten zu lassen. Gleichzeitig wurde im Dezember der Entwurf einer neuen De-minimis-Verordnung speziell für DAWI-Leistungen vorgestellt. Diese wurde auf die ErmächtigungsVO des Rates gestützt und trat am 25. April 2012 in Kraft.<sup>266</sup> Zu erwähnen ist ebenfalls ein neuer Leitfaden, den die Kommission am 25. Februar 2013 vorgelegt hat und der als neue Auslegungshilfe zum Almunia-Paket hinzugezogen werden kann.<sup>267</sup>

## 2. Rechtstexte

Das Almunia-Paket besteht aus den folgenden vier Rechtsdokumenten, welche abgesehen von einer neuen Mitteilung der Systematik des Monti-Pakets folgen:

**(1)** Eine neue Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung der DAWI-Leistungen (DAWI-Klarstellungsmittteilung), welche wesentliche Grundsätze in klarstellender Form zusammenfassen versucht.<sup>268</sup>

**(2)** Ein Freistellungsbeschluss der Kommission, welcher die alte DAWI-Freistellungsentscheidung ersetzt (DAWI-

Freistellungsbeschluss n.F.) und insbesondere Änderungen bezüglich der Freistellungs-grenzen vornimmt, aber auch zusätzliche DAWI-Leistungen in den bisherigen Anwendungsbereich ohne Bagatellgrenzen aufnimmt.<sup>269</sup>

**(3)** Eine Mitteilung über den Rahmen der EU für Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die DAWI-Leistungen, welcher den alten DAWI-Gemeinschaftsrahmen ersetzt (DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F.).<sup>270</sup>

**(4)** Eine Verordnung über De-minimis-Beihilfen an DAWI-Unternehmen, welche besondere Bagatellgrenzen für DAWI-Leistungen festlegt, unter denen, der innergemeinschaftliche Handel als nicht beeinträchtigt angesehen wird (DAWI-De-minimis-VO).<sup>271</sup>

## 3. Neuerungen

### a) DAWI-Klarstellungsmittteilung

Die neue DAWI-Klarstellungsmittteilung enthält eine Zusammenfassung der bisherigen Auslegungspraxis der Kommission und soll Klarheit für den einfachen Rechtsanwender schaffen. Sowohl was die nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betrifft sowie den Tatbestand der Handelsbeschränkung oder der Selektivität enthält die Mitteilung der Kommission allerdings keine wirklichen neuen Konkretisierungen, was Enttäuschung insbesondere bei den Kommunal- und Sozialverbänden hervorgerufen hat.<sup>272</sup> Fraglich ist jedoch, ob die Kommission dies etwa im Sinne einer teilweise geforderten konkreten Liste

<sup>265</sup> Almunia/Kommission, Rede vor dem Europa-Kolleg - Präsentation der DAWI-Reform, SPEECH/11/618, 30. September 2011.

<sup>266</sup> Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an DAWI-Unternehmen, ABl. L 114.

<sup>267</sup> Inzwischen auch in Deutsch, Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD (2013) 53 final.

<sup>268</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von DAWI-Leistungen, ABl. L 8/4.

<sup>269</sup> Beschluss der Kommission v. 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 (2) des AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI-Leistungen betraut sind, ABl. L 7/4 v. 11.1.2012.

<sup>270</sup> Mitteilung der Kommission über den Rahmen der EU für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, 2012/C8/03, ABl. C 8/16 v. 11.1.2012.

<sup>271</sup> VO der Kommission 360/2012/EU über die Anwendung der Art. 107 und 108 des AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. L 114/08 v. 26.04.2012.

<sup>272</sup> CEEP, Opinion on the Reform of EU State Aid Rules on Services of General Economic Interest, 2011; Vereinigung kommunaler Spitzenverbände, Stellungnahme zur Konsultation der Kommission zum Monti-Paket, 09.09.2010, Jüngst Deutscher Städtetag, Diskussionsgrundlage für 37. Ordentliche Hauptversammlung, Frankfurt 23-25.04.2013, S.5.

von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten einfach so hätte machen können. Insbesondere gab es die Befürchtung, dass dies zu einer möglichen Kollision mit der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte geführt hätte.<sup>273</sup> Der von manchen Anwendern geforderten Herausnahme der Inhouse-Vergabe aus dem DAWI-Beihilfenrecht, die unter dem Vergaberecht freigestellt ist, erteilt die Kommission ebenfalls eine Absage.<sup>274</sup> Immerhin wagt sich die Kommission zumindest in Teilbereichen an die Grenzen des *case-laws*. So sieht sie bei Krankenhäusern die Möglichkeit einer Nichtwirtschaftlichkeit, sofern diese vollständig auf dem Solidaritätsprinzip basieren und ein zentraler Grundstein im Gesundheitssystem sind.<sup>275</sup> In Bezug auf das Bildungssystem stellt die Mitteilung klar, dass die Nichtwirtschaftlichkeit derartiger Dienstleistungen nicht von Studiengebühren oder ähnlicher Beiträge in Frage gestellt wird, da diese oft nur einen Bruchteil der Kosten decken würden.<sup>276</sup> Bei dem Kriterium der Handelsbeschränkung führt die Kommission lediglich die bisherigen Beispielfälle an, in denen sie den Tatbestand in der Vergangenheit ausnahmsweise verneint hat.<sup>277</sup> Zu beachten ist allerdings, dass der wesentliche Hebel bereits durch die De-minimis-Verordnung gefunden wurde und insofern der Blick vor allem auf die neue DAWI-DE-minimis-VO fallen muss.

Wesentlich interessanter ist die Mitteilung dann bezüglich der Konkretisierung der Altmark-Trans-Kriterien, die parallel zu den weiter vorhandenen Altmark-Trans-Konkretisierungen im DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. sowie dem DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. bestehen, aber auch darüber hinausgehen. Insbesondere scheint die Mitteilung die sogenannte Missbrauchskontrolle bezüglich der Definition der DAWI-Leistungen im Rahmen des 1. Altmark-Trans-Kriteriums enger ziehen zu wollen. So dürfe nach Ansicht der Kommission nicht von einer DAWI-Leistung gesprochen werden, sofern die Dienstleistung von den Unternehmen zu normalen Marktbedingun-

gen, die sich im Hinblick auf den Preis, objektiven Qualitätsmerkmalen, Kontinuität und den Zugang mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, erbracht wird oder erbracht werden kann.<sup>278</sup> Dabei verweist sie beispielhaft auf den Bereich des Breitbandausbaus, bei dem die Mitgliedstaaten sich nicht auf das Vorliegen einer DAWI-Leistung berufen dürften, sofern bereits ausreichend Investoren auf einem bestimmten Investitionsgebiet vorhanden seien.<sup>279</sup> Zudem müsse die DAWI ausdrücklich zum Wohle der Bürger und im Interesse der Gemeinschaft als Ganzes erbracht werden.<sup>280</sup> Dabei ist jedoch fraglich, ob die Kommission hier im Rahmen des Art. 106 (2) AEUV wirklich einen engeren Test bei der Definition der DAWI einführen kann. Während *Jennert* davon ausgeht, dass die Kommission nunmehr eine strengere Prüfung zumindest i.S. eines Marktversagens verlangt,<sup>281</sup> sieht *Sinnaeve* keinen Anlass für Sorgen.<sup>282</sup> So seien die Mitgliedsstaaten weiterhin frei, den gewünschten Preis, die Qualität und die Bedingungen zu definieren und könnten so insofern verhältnismäßig einfach das Vorliegen einer DAWI begründen. In ihrer Mitteilung vom März 2011 hatte die Kommission noch die klare Möglichkeit einer Einführung einer engeren Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgestellt.<sup>283</sup> Dies hatte bereits starke Proteste auf Seiten der Mitgliedstaaten und Interessengruppen hervorgerufen.<sup>284</sup> Da die Kommission auf vertrauensschaffende Rechtsentstehungsprozesse angewiesen ist, erscheint es zumindest unwahrscheinlich, dass die Kommission konsequent eine enge Verhältnismäßigkeitskontrolle im Sinne des mildereren Mittels anwenden will.<sup>285</sup> Der Rechtssicherheit dient dieser Passus nicht.

Neben dem „Missbrauchstest“ stellen sich Neuerungen in Bezug zum 4. Altmark-Trans-Kriterium ein. Hier schreibt die Kommission,

<sup>278</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 48.

<sup>279</sup> Ebd., Rnd. 49.

<sup>280</sup> Ebd., Rnd. 50.

<sup>281</sup> Siehe *Jennert*, in: Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Land Nordrhein-Westfalen, Die neuen Vorschriften des EU-Beihilfenrechts 2012, Tagungsdokumentation, S.16.

<sup>282</sup> *Sinnaeve*, What's new in SGEI in 2012?, in: *EstAl* 2/2012, S.350.

<sup>283</sup> Kommission, Mitteilung der Kommission u.a. an das Europäische Parlament über die Reform der EU-Beihilfenvorschriften über DAWI-Leistungen, KOM(2011) 146 endg., S.7.

<sup>284</sup> *Hirsbrunner/Litzenberger*, Ein bisschen Almunia im Monti-Kroes-Paket?, in: *EuZW* 2011, S.745.

<sup>285</sup> So auch die Vorgaben des IDW-Prüfungsstandard, *Donhauser*, Beihilfekontrolle in kommunalen Beteiligungsunternehmen, in: *Kommp* 1/2012, S.21.

<sup>273</sup> *Sinnaeve*, What's new in SGEI in 2012?, in: *EstAl* 2/2012, S.349.

<sup>274</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 13.

<sup>275</sup> *Sinnaeve*, What's new in SGEI in 2012?, in: *EstAl* 2/2012, S.349, DAWI-Klarstellungsmittteilung Rnd. 22.

<sup>276</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung Rnd. 26ff. Unter Verweis auf einen norwegischen EFTA-Fall, EuGH, E-5/05, *Private Barnehagerslandsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde*, ABl. C113 8.5.2008, S.17.

<sup>277</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 37-41. Siehe auch Kommission, *Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI*, SWD (2013) 53 final, Rnd. 3.2.1.

dass die einfachste Möglichkeit zur Erfüllung dieses Kriteriums eine offene, transparente und diskriminierungsfreie Ausschreibung sei.<sup>286</sup> Dies gelte auch für jene Fälle, bei denen keine rechtliche Verpflichtung für derartige Vergabeverfahren bestehe.<sup>287</sup> Nichtoffene Ausschreibungsverfahren können dagegen nur in Ausnahmen und nur mit vorherigen Bekanntmachungen als ein angemessenes Vergabeverfahren anerkannt werden. *Sinnaeve* weist zu Recht darauf hin, dass nichtoffene Verfahren wie etwa der wettbewerbliche Dialog in Fällen geeigneter sind, bei denen die Preisbildung sowie Auftragsbeschreibung nicht von vornherein bestimmt werden können.<sup>288</sup> Es wäre ein kontraproduktiver Nebeneffekt, würden sich die Behörden nunmehr für Vergabeverfahren entscheiden, die weniger geeignet sind, das beste Ergebnis zu erreichen. Daneben äußert sich die Mitteilung bezüglich der Frage nach dem Vergabekriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebot“. Dies wird nunmehr akzeptiert, sofern die sonstigen Vergabekriterien einschließlich ökologischer oder sozialer Kriterien eng mit dem Gegenstand der erbrachten Dienstleistung im Zusammenhang stehen. Damit stellt sich die Kommission erstmals ausdrücklich hinter nicht nur am günstigsten Preis orientierte Vergabeverfahren, was grundsätzlich aus Sicht der DAWI-Leistungen zu begrüßen sein dürfte.<sup>289</sup> Schließlich macht die Kommission noch eine Reihe weiterer Ausführungen zu dem Vergleichstest, der ausnahmsweise das Vergabeverfahren ersetzen kann: Dabei spezifiziert sie den Anwendungsbereich, indem sie Beispiele nennt, unter denen es vorkommen kann, dass ein Vergabeverfahren nicht die geringsten Kosten für die Allgemeinheit sicherstellt: Dies seien Fälle, in denen die fragliche Dienstleistung besondere Merkmale aufweise, bei bestehenden Rechten des geistigen Eigentums oder aufgrund der Tatsache, dass die erforderliche Infrastruktur im Eigentum eines bestimmten Betreibers stehe.<sup>290</sup> Insbesondere

verweist sie auf die Notwendigkeit von objektiven Kriterien, die aus wirtschaftlicher Sicht als typisch für eine zufriedenstellende Unternehmensführung anerkannt sind.<sup>291</sup> Dabei müsste bei Vergleichen in dem zu betrachtenden Wirtschaftszweig sichergestellt werden, dass es eine ausreichende Zahl an Unternehmen gibt, deren Kosten berücksichtigt werden können.<sup>292</sup> Es ist fraglich, ob damit mehr Klarheit geschaffen wird. Jedenfalls will die Kommission den Vergleichstest nicht vereinfachen, sondern das Vergabeverfahren als Grundsatzregel zur Einhaltung des 4. Kriteriums stärken. Durch das Vergabekriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ wird das Vergabeverfahren vermehrt an die Erfordernisse der DAWI-Leistungen angepasst, dessen Bewertungen sich häufig auf komplexe Inhalte und Qualitätsanforderungen beziehen. Zu bedauern ist, dass die Kommission keine Klarstellung macht, ob eine Einhaltung des Vergabeverfahrens einen „sicheren Hafen“ des dritten Kriteriums beinhaltet. Stattdessen wäre es gut vertretbar gewesen, die Regel zu etablieren, dass am Ende eines Vergabeverfahrens der Nachweis eines wettbewerblichen Verfahrens und damit eines Ausschlusses einer Überkompensation erbracht worden ist.<sup>293</sup> Dies hätte die Flexibilität des Vergabeverfahrens unterstrichen und im Sinne der Kommission den Anreiz für eine Vergabe zusätzlich erhöht.

## **b) DAWI-Freistellungsbeschluss n.F.**

### **aa) Anwendungsbereich**

Die wesentlichen Änderungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses n.F. liegen im Anwendungsbereich. Bezüglich des Regelungsinhaltes geht es weiterhin darum, dass 4. Altmark-Trans-Kriterium herauszunehmen, gleichzeitig aber eine Einhaltung ersten drei Altmark-Trans-Kriterien vorzuschreiben. Der von der Kommission in ihrer Zielbeschreibung der Reform genannte vermehrt diversifizierte Ansatz und die Berücksichtigung von besonderen DAWI-Sektoren spiegeln sich vor allem in der Änderung des Anwendungsbereichs des Freistellungsbeschlusses wieder. So erweitert die Kommission einerseits

<sup>286</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 63.

<sup>287</sup> Ebd., Rnd. 64.

<sup>288</sup> *Sinnaeve*, What's new in SGEI in 2012? – An Overview the Commission's SGEI Package, in: EStAL 2/2012, S.353.

<sup>289</sup> Weiterhin äußert sich die Kommission zu möglichen Rückforderungsmechanismen im Rahmen des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“. Dies erscheint dann eigentlich nicht notwendig, insofern Risiken und Preise ja eigentlich gerade durch das Vergabeverfahren abgebildet werden soll.

<sup>290</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 68. Für die weitere Bestimmung hinsichtlich des Vergleiches der Kostenstruktur mit dem eines „gut geführten Unternehmens“ macht die Kommission immerhin weitere neun

Randnummern auf. DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 69-77.

<sup>291</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 71.

<sup>292</sup> DAWI-Klarstellungsmittteilung, Rnd. 74.

<sup>293</sup> *Sinnaeve*, What's New in SGEI in 2012?, in: EStAL 2/2012, S.354; Dazu bereits Heinbuch/Käppel, Das Verhältnis des Beihilferechts zum Vergaberecht nach dem „Almunia-Paket“, in: KommP 1/2012.

den Anwendungsbereich der größenunabhängigen DAWI-Leistungen, die unter den DAWI-Freistellungsbeschluss fallen, insbesondere um die Sozialdienstleistungen.<sup>294</sup> Damit erhalten die Sozialdienstleistungen erstmals eine rechtliche Anerkennung im Beihilfenrecht. Andererseits senkt sie unter dem Hinweis, dass in manchen DAWI-Sektoren nunmehr vermehrt internationale Unternehmen tätig seien und der zwischenstaatliche Handel gestiegen sei, die allgemeine Anwendungsgrenze von 30 Millionen durchschnittlicher Ausgleichszahlungen in einem Jahr auf 15 Millionen.<sup>295</sup> Die Sozialdienstleistungen werden in Art. 2 (1) c) DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. definiert als „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.“ Diese Definition ist sehr breit, was teilweise begrüßt<sup>296</sup>, teilweise auch kritisiert wird. Denn mit der Aufnahme in den Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses wird zwar für die Sozialdienstleistungen eine grundsätzliche Erleichterung unter dem Beihilfenrecht geschaffen, gleichzeitig jedoch auch der Beweis ihrer grundsätzlichen Wirtschaftlichkeit geführt.<sup>297</sup> Letztlich folgt dies jedoch der bisherigen *soft-law* Bildung im Bereich der Sozialdienstleistungen, die immer auch als Teil der DAWI angesehen wurden. In den Entwürfen vom September war noch die Bedingung enthalten gewesen, dass die Unternehmen ausschließlich Sozialdienstleistungen zu erbringen hätten.<sup>298</sup> Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass in manchen Ländern anzutreffende Mehrsparten-Unternehmen daraufhin benachteiligt wären, ohne dass hierfür ein überzeugender Grund ersichtlich gewesen wäre.<sup>299</sup> Eine Sonderbehandlung im Anwendungsbereich des Frei-

stellungsbeschlusses wird zudem für Krankenhäuser in Art. 2 (1)b) DAWI vorgenommen. So sollen nun auch sogenannte Nebenleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, als Ausgleichszahlungen unter dem DAWI-Freistellungsbeschluss fallen. Unverständlich ist, warum dies nicht für Sozialdienstleistungen gelten soll.<sup>300</sup>

Neben der Erweiterung des größenunabhängigen Anwendungsbereiches wird die allgemeine Freistellungsschwelle von Ausgleichszahlungen in Höhe von 30 Mio. Euro auf 15 Mio. Euro in einem Jahr halbiert. Die Kommission begründet dies damit, dass sie jene Interessen berücksichtigen musste, welche der Auffassung waren, dass sich durch eine Anwendung des 30-Millionen-Wertes ein wesentlicher Bereich des Binnenmarktes einer Kontrolle entzogen wird.<sup>301</sup> Die Herabsetzung der Freistellungsgrenze wird von kommunaler Seite her dagegen kritisiert.<sup>302</sup> Zu prüfen sein dürfte, ob mit den Sozialdienstleistungen bereits der wesentliche Teil sensibler DAWI-Leistungen aus einer schärferen Kontrolle des DAWI-Gemeinschaftsrahmens bzw. der Altmark-Trans-Kriterien herausgenommen worden ist oder ob mit der Senkung auf 15 Millionen tatsächlich erhebliche Komplikationen für zum Beispiel große Kommunen verbunden sind. Zu betonen ist jedoch, dass der Freistellungsbeschluss keine vollkommene Kontrollfreiheit beinhaltet, sondern auch hier die Grundsätze des 1. bis 3. Altmark-Trans-Kriteriums zu gelten haben und zudem eine regelmäßige Kontrolle der Überkompensation angeordnet wird. Das teilweise entworfene Bild, dass die DAWI-Leistungen im Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses einer Kontrolle entzogen sind, ist irreführend.<sup>303</sup>

Eine Erleichterung unternimmt der Freistellungsbeschluss bezüglich der bislang vorge-

<sup>294</sup> Art. 2 (1) b) und c) Freistellungsbeschluss n.F.

<sup>295</sup> Siehe Erwägungsgrund 10 DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. sowie Art. 2 (1) a) Freistellungsbeschluss n.F.

<sup>296</sup> Sinnaeve, What's New in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.355.

<sup>297</sup> Bühner/Sonder, Die Finanzierung von Sozialdienstleistungen nach den neuen Regeln des EU-Beihilfenrechts, in: NZS 2012, S.693. Wenngleich sie weiterhin noch Freiräume für die Nichtwirtschaftlichkeit bei Sozialdienstleistungen sehen.

<sup>298</sup> Vgl. letzte zwei Sätze Art. 1 (1) c) im Septembervorschlag Freistellungsbeschluss. Darauf hinweisend Sinnaeve, What's New in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.355.

<sup>299</sup> Etwa CEEP, Opinion on the Reform of EU State Aid Rules on Services of General Economic Interest, 2011.

<sup>300</sup> Darauf hinweisend, Jennert, in Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Land Nordrhein-Westfalen, Die neuen Vorschriften des EU-Beihilferechts 2012, Tagungsdokumentation, S.16 unter Verweis auf eine Cafeteria in einem Altersheim.

<sup>301</sup> Gehler, Reform des EU-Beihilfenrechts: Überarbeitetes „Altmark“-Paket verabschiedet, in: KommP 2012, S.27.

<sup>302</sup> Ebd.

<sup>303</sup> So aber Baquero Cruz, welcher die Freistellung der Sozialdienstleistungen vor allem damit begründet, dass die Kommission ihre Ressourcen sparen muss: Die Gefahr von Ineffizienzen bestehe weiterhin, weil in vielen Mitgliedstaaten keine Beihilfekontrollen und keine Maßnahmen zur Rückforderung beständen, siehe Baquero Cruz, Social Services of General Interest and the State Aid Rules, in: U.a. Neergaard/Szyszczak, S.308.

sehenen Umsatzgrenze des begünstigten Unternehmens von 100 Mio. Euro, die nunmehr wegfällt. Gerade die deutschen Wohlfahrtsverbände hatten sich dafür eingesetzt, insofern der Wert Unsicherheiten bezüglich ihrer Struktur als große Dachverbände bedeutet hatte.<sup>304</sup>

**bb) Sonstige Neuerungen insbesondere Berechnung des „angemessenen Gewinns“**

Positiv aus Sicht der öffentlichen Stellen ist schließlich, dass der neue DAWI-Freistellungsbeschluss das Erfordernis der Kontrolle der Überkompensation von einem Jahr auf alle drei Jahre erhöht, was Kosten senken sollte.<sup>305</sup> Dieser positive Abbau an Bürokratie wird durch umgekehrt gesteigerte und detailliertere Berichtspflichten in Art. 9 DAWI-Freistellungsbeschluss abgeschwächt, wonach die Mitgliedstaaten der Kommission nunmehr alle zwei, anstatt der bisherigen drei Jahre, einen Bericht über die Umsetzung des Beschlusses vorlegen müssen. Konkretisiert hat der DAWI-Freistellungsbeschluss das Erfordernis des 1. und 3. Altmark-Transkriteriums: So wird einerseits in Art. 2 (2) die zeitliche Dauer eines Betrauungsaktes auf 10 Jahre begrenzt, was jedoch verkraftbar erscheint, insofern der Betrauungsakt am Ende der 10 Jahre wieder erneuert werden kann. Für besondere und erhebliche Investitionen, womit insbesondere Krankenhäuser oder der soziale Wohnungsbau gemeint seien dürften, können zudem Ausnahmen gemacht werden.<sup>306</sup> Bezüglich des dritten Altmark-Transkriteriums wiederholt Art. 5 (1) DAWI-Freistellungsbeschluss n.F., dass die Höhe der Ausgleichsleistungen bei Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten abzudecken. Während bei der grundsätzlichen Berechnungsmethode weiterhin der Vollkostenansatz möglich ist<sup>307</sup>, wird bei der Berechnung des „angemessenen Gewinns“ eine Konkretisierung und Verschärfung vorgenommen. Der „angemessene Ge-

winn“ ist nach Art. 5 (5) DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. die Kapitalrendite, die ein durchschnittliches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende DAWI-Leistung für die gesamte Dauer der Betrauung erbringt. Die Kapitalrendite bezeichnet dann den internen Ertragsatz, den das Unternehmen während des Betrauungszeitraums mit seinem investierten Kapital erzielt. Die Kommission definiert dann erstmals drei große Kategorien an Risiken, welche auf das DAWI-Unternehmen zukommen und auf den „angemessenen Gewinn“ hinzugerechnet werden können. Während das Unternehmen die Risiken benennen muss, beziffern die Mitgliedstaaten dann die Höhe im Betrauungsakt. Die Risiken sind entweder 1. abhängig vom Wirtschaftszweig, 2. abhängig von der Art der Dienstleistung und 3. abhängig von der Art der Ausgleichszahlung.<sup>308</sup>

Bild 2 (Geradin, Public Compensation for Services of General Economic Interest, in: EStAL 2012, S.59) Risikotypen betreffend Anbieter von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Risiko abhängig vom Wirtschaftszweig	1.Größenrisiken 2.Preisrisiko 3.Regulierungsrisiko
Risiko abhängig von der Art der Dienstleistung	1. Operationales Risiko 2.Investitionsrisiko
Risiko abhängig von den Merkmalen der Ausgleichszahlung	1. Risiko aufgrund eines fixierten Pauschalbetrages 2. Risiko aufgrund eines begrenzten Betrauungszeitraums 3. Gegenpartei-Risiko

<sup>304</sup> Müller, Europäische Kommission lockert Beihilferegeln, in: neue caritas 03/2012.

<sup>305</sup> Art. 6 (1) DAWI-Freistellungsbeschluss n.F.

<sup>306</sup> Sinnaeve, What's New in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.357.

<sup>307</sup> Die ebenfalls in Art. 5 (2) DAWI-Freistellungsbeschluss vorgeschlagene sogenannte „net-avoided-cost-Methode“ wird im Gegensatz zum neuen DAWI-Gemeinschaftsrahmen nicht als verpflichtend festgelegt.

<sup>308</sup> Für Beispiele der Risikoarten siehe auch Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD (2013) 53 final, Rnd. 132.

Hinsichtlich der Berechnung der Kapitalrendite wird erstmals ein „sicherer Hafen“ vorgegeben. So sei nach Art. 5 (7) S. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. eine Kapitalrendite in jeden Fall als angemessen anzusehen, sofern diese den relevanten SWAP-Satz zuzüglich eines Aufschlages von 100 Basispunkten nicht übersteigt. Diese Berechnung dient gem. S. 2 gleichzeitig als eine Deckelung des „angemessenen Gewinns“, sofern mit der DAWI-Leistung kein beträchtliches Risiko verbunden ist, insbesondere wenn die, bei der Erbringung der DAWI-Leistung anfallenden Nettokosten im Wesentlichen nachträglich vollständig erstattet werden. Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zu den September-Entwürfen zu Recht daraufhin gewiesen, dass es nicht ganz klar wird, ob bei gleichzeitiger Anwendung des Gesamtkostenansatzes nunmehr regelmäßig von keinem Risiko und damit einer Berechnung über den SWAP-Satzes plus 100 Basispunkte ausgegangen werden muss.<sup>309</sup> Problematisch ist daran, dass der „sichere Hafen“ sehr klein und zudem anfällig für Entwicklungen auf den Finanzmärkten ist. Die Kommission, welche die SWAP Sätze auf ihrer Seite veröffentlicht, geht derzeit bei einem 12 Monats SWAP-Satz von 0,35% aus, was bei der derzeitigen Inflation eine negative Realverzinsung bedeutet.<sup>310</sup> Deswegen ist zu hoffen, dass die Kommission in Art. 6 (7) DAWI-Freistellungsbeschluss den Fall einer Deckelung nicht sehr eng auslegen kann. Zudem akzeptiert Art. 5 (8) Freistellungsbeschluss unter besonderen Umständen die Ermittlung des angemessenen Gewinns nach anderen Indikatoren als der Kapitalrendite, weswegen die Mitgliedstaaten höhere Gewinne zugrunde legen können, sofern sie die Wahl der anderen Indikatoren begründen können.<sup>311</sup>

### c) DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F.

Der innovativste und zugleich umstrittenste Rechtsakt im Almunia-Paket ist der DAWI-

Gemeinschaftsrahmen n.F.<sup>312</sup> Er führt neue Verfahrensbestimmungen ein (aa), ändert die Berechnungsmethode des Ausgleiches und die Bedingungen an den Betrauungsakt (bb), führt einen neuen Ansatz für Effizienz-anreize (cc) und beinhaltet darüber hinaus die Möglichkeit neuer Vorgaben für schwerwiegende Wettbewerbsverstöße (dd). Grundsätzlich wird die Rechtstechnik beibehalten. Die Kommission will weiterhin DAWI-Leistungen, die weder die Altmarkt-Trans-Kriterium erfüllen noch unter den Freistellungsbeschluss fallen, bei einem Notifizierungsverfahren und unter Einhaltung der Bedingungen des Gemeinschaftsrahmens als eine gerechtfertigte Beihilfe im Sinne von Art. 106 (2) AEUV ansehen.

#### aa) Verfahrensbedingungen

Der DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. führt neue und strikere Verfahrensbedingungen ein, die zudem auf andere Richtlinien und Bestimmungen verweisen. Dies ist zum Ersten die Einhaltung der Transparenzrichtlinie<sup>313</sup>, womit die Durchsetzung dieser Richtlinie und damit die Kontrolle der Kommission erleichtert werden soll. Zum Zweiten ist dies die Einhaltung der EU-Vorschriften zum Vergaberecht.<sup>314</sup> So soll eine Beihilfe nur dann nach Art. 106 (2) AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sein, wenn die zuständige Behörde bei der DAWI-Betrauung die geltenden Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen befolgt oder sich verpflichtet, diese zu befolgen. Hierzu zählen alle Voraussetzungen im Hinblick auf Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, die sich unmittelbar aus dem Vertrag oder aus dem Sekundärrecht ergeben. Dies macht die bereits im bisherigen DAWI-Beihilfenrecht aufgekommene Frage nach der legitimen oder nichtlegitimen Durchsetzung des Vergaberechts über das Beihilfenrecht noch akuter: Denn während die Kommission bei Verstößen gegen die Vergaberegeln normalerweise auf das Vertragsverletzungsverfahren verwiesen ist, will sie nun verstärkt das Instrument der möglichen Rückforderungen über den Art. 108 AEUV als eine ungleich größere Drohgebärde nutzen.<sup>315</sup> Diese Not-

<sup>309</sup> Bundesrepublik Deutschland, Mitteilung - Reform der EU-Beihilferegeln für Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Berlin 19.10.2011, S.9

<sup>310</sup> Europäische Kommission, Seite der Direktion Wettbewerb, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/swap\\_rates\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/swap_rates_en.html), letzter Zugang 19.11.2013.

<sup>311</sup> Als unkritisch einordnend dagegen Sinnaeve, What's new in SGEI in 2012?, in: EStAL 2/2012, S.357, siehe für die anderen Indikatoren auch Kommission, Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd. 133ff.

<sup>312</sup> Geradin, Public Compensation for Services of General Economic Interest, in: EStAL 2012, S.51.

<sup>313</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. Rnd. 18.

<sup>314</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. Rnd. 19.

<sup>315</sup> Darauf kritisch hinweisend Geradin, Public Compensation for Services of General Economic Interest, in: EStAL 2012, S.55. Anders dagegen Sinnaeve, What's New in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.359. Zudem stellt sich die Frage, ob nicht auch die Grundlage des Art. 106

wendigkeit der doppelten und in sich ver-  
 schränkten Prüfung des Vergabe- und Beihilfenrechts im Rahmen des Gemeinschaftsrahmens wird sich aber in Grenzen halten, da jene Fälle, die oberhalb von 15 Mio. Euro liegen und unter die Vergaberegeln fallen, ohnehin in der Regel bereits die vier Altmark-Trans-Kriterien erfüllen dürften und somit eine Anwendung des DAWI-Gemeinschaftsrahmens, der ja gerade eine Lockerung hinsichtlich des 4. Altmark-Trans-Kriteriums vornimmt, obsolet machen.<sup>316</sup> Im Anwendungsbereich des DAWI-Gemeinschaftsrahmens bleiben vor allem jene Fälle über 15 Mio. Euro, die aufgrund von Ausnahmen wie zum Beispiel der Inhouse-Vergabe bereits vergabefrei sind<sup>317</sup> oder bei denen das 4. Altmark-Trans-Kriterium nicht erfüllt wird, weil etwa im Falle nicht offener Vergabeverfahren die Auslegung im Rahmen der DAWI-Klarstellungsmitteilung sich strenger darstellt.<sup>318</sup>

Am problematischsten ist schließlich zum Dritten die Anordnung eines Konsultationsverfahrens.<sup>319</sup> So sollen die Mitgliedstaaten belegen, dass sie den Bedarf an der DAWI-Leistung anhand einer öffentlichen Konsultation oder anderer angemessener Mittel genau ermittelt haben, um den Interessen der Nutzer und Dienstleistungserbringer Rechnung zu tragen. Nach scharfer Kritik aus den Mitgliedstaaten zu den September-Entwürfen wurde ein Satz eingefügt, nach denen die Konsultationspflichten nicht gelten sollten, sofern eine weitere Konsultation gegenüber einer kürzlich durchgeführten Konsultation ganz offensichtlich keinen wesentlichen Mehrwert bringt.<sup>320</sup> Allerdings liegt an dieser Stelle weiterhin eine Kompetenzüberschreitung der Kommission vor. Aus den Grundlagen des Art. 106 (3) AEUV heraus, die zudem auf die in Teil B herausgearbeiteten teleologischen Grenzen des Beihilfenrechts aus Art. 107ff. AEUV verweisen, kann die Kommission nicht per Hintertür eine gewünschte möglichst bürgernahe, offene und unterschiedliche Akteure einbindende Wirt-

schaftspolitik vorschreiben. *Sinnaeve* weist beschwichtigend darauf hin, dass auch Studien ausreichen würden, um das Kriterium der Konsultation zu decken. Aber auch dies ist nicht im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV zu rechtfertigen. Die Mitgliedstaaten sollten es darauf ankommen lassen und auf die Anwendung der Rundnummer 14 des DAWI-Gemeinschaftsrahmens verzichten. Die sonstigen Transparenzanforderungen an Beihilfen unter dem DAWI-Gemeinschaftsrahmen, wie insbesondere eine Veröffentlichung im Internet, sind aus Gründen einer notwendigen Kontrolle zu akzeptieren.<sup>321</sup>

#### **bb) Die neue „net-avoided-cost-Methode“, der „angemessene Gewinn“ sowie neue Anforderungen an den Betrauungszeit- raum**

Die Höhe der Ausgleichssumme im DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Nettokosten für die DAWI-Leistung einschließlich eines „angemessenen Gewinnes“ abzudecken.<sup>322</sup> Während der neue DAWI-Freistellungsbeschluss den Vollkostenansatz weiterhin erlauben will, schreibt der DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. nunmehr die sogenannte „net-avoided-cost-Methode“ als Regel zur Ermittlung der Kosten fest.<sup>323</sup> Bei dieser Methode werden die Nettokosten, die zur Erfüllung der DAWI-Verpflichtungen erforderlich sind, als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers und den Nettokosten desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung berechnet. Die Kommission sieht den Vorteil in der Genauigkeit. Dabei verweist die Kommission unter anderem auf eine Richtlinie über Postdienste 97/67/EG, die bereits detailliertere Erläuterungen zu dieser Methode beinhaltet und diese zum Regelfall bestimmt.<sup>324</sup> Im Gegensatz zum Vollkostenansatz dürfen Investitionskosten in eine bereits bestehende Infrastruktur von DAWI-Unternehmen, die auch in anderen wirtschaftlichen Feldern tätig sind, nicht mehr hinzugezogen werden. Da zu erwarten ist, dass in den allermeisten Fällen DAWI-Unternehmen aber jene Fixausgaben bereits getätigt haben, dürfte die „net-avoided-cost-Methode“ zu einer Verschärfung und einer

(3) AEUV überstritten wird, insofern das *case-law* zu Art. 106 (2) AEUV, insofern ja keine Vergabepflicht vorsieht, EuGH, C-17/02, Fred Olsen, Slg. II-2031, Rnd. 239.

<sup>316</sup> *Sinnaeve*, What's New in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.359.

<sup>317</sup> Siehe auch Heinbuch/Käppel, Das Verhältnis des Beihilfenrechts zum Vergaberecht nach dem Almunia-Paket, in: KommP 01/2012, S.14.

<sup>318</sup> Siehe auch weiter Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd. 169.

<sup>319</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. Rnd. 14.

<sup>320</sup> Darauf hinweisend *Sinnaeve*, What's New in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.359.

<sup>321</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 60ff.

<sup>322</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. Rnd. 21.

<sup>323</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. Rnd. 24-27.

<sup>324</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 26.

Gefahr von Unterkompensierungen führen.<sup>325</sup> Die Höhe der Unterkompensierung ist gleich den Opportunitätskosten, die bei der Benutzung der Infrastruktur für die Nicht-DAWI-Tätigkeiten anfallen. Sind die Opportunitätskosten hoch, etwa im Falle von ausgelasteten Kapazitäten, dann ist die Unterkompensierung hoch.<sup>326</sup> Aus einer Pro-DAWI-Sicht kommt es daher darauf an, dass die Kommission entweder die Opportunitätskosten mit in die Berechnung mit einbezieht oder das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht sehr eng auslegt. So räumt Rnd. 27 DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. ein, dass in manchen Fällen die „net-avoided-cost-Methode“ nicht möglich oder geeignet ist und dann andere Methoden zulässig sind. Zu konstatieren ist, dass die Einführung neuer strenger Methoden mit der gleichzeitig noch auszulegenden vagen Möglichkeit von Ausnahmen dem Ziel der Rechtsklarheit nicht zuträglich ist.<sup>327</sup>

Für den „angemessenen Gewinn“ gelten dieselben Vorgaben wie im DAWI-Freistellungsbeschluss n.F., weswegen sich auch hier eine Reduzierung der Ausgleichssumme ergibt.<sup>328</sup> Zur weiteren Unsicherheit tragen an dieser Stelle besondere Bestimmungen über die Mehrsparten-Unternehmen bei, die so nicht im DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. enthalten sind. Im Rechtstext werden diese schlicht als Unternehmen definiert, die auch Tätigkeiten ausüben, bei denen es sich nicht um DAWI-Leistungen handelt oder die mehrere DAWI-Leistungen erbringen.<sup>329</sup> So sollen nach Rnd. 45 DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. sogenannte besondere oder ausschließliche Rechte für andere Tätigkeiten außerhalb der spezifischen DAWI-Leistung und damit möglicherweise entstehende zusätzliche überschüssige Gewinne oder andere Vorteile zu den Einnahmen mit verrechnet werden. Die Mitgliedstaaten können dann nach Rnd. 46 DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. entscheiden, ob die Gewinne aus der Tätigkeit, bei der es sich nicht um die spezifische DAWI-Leistung handelt, ganz und teilweise der Finanzierung der spezifischen DAWI-Leistung zuzuweisen sind. Dieser „Verrechnungsansatz“ war in den September-Entwürfen noch elaborierter und strikter ge-

<sup>325</sup> So kritisch Coppi, SGEI Compensation in the Almunia Package, in: EStAL 2/2012, S.46.

<sup>326</sup> Ebd., S.47.

<sup>327</sup> So auch Geradin, Public Compensation for Services of General Economic Interest, in: EStAL 2/2012, S.57.

<sup>328</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen, Rnd. 33ff.

<sup>329</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen, Rnd. 44ff.

wesen.<sup>330</sup> Es ist zwar zu begrüßen, dass die Kommission offenbar nunmehr ein gewisses Ermessen bezüglich einer „Verrechnung“ einräumt.<sup>331</sup> Die neuen Randnummern werfen aber weiterhin Fragen der Auslegung sowie Fragen der Diskriminierung von Mehrsparten-Unternehmen auf.<sup>332</sup>

Hinsichtlich des Betrauungsaktes wird schließlich im Gegensatz zum Freistellungsbeschluss keine maximale Jahreszahl von 10 Jahren festgeschrieben. Die Dauer des Betrauungszeitraumes soll jedoch durch Verweis auf objektive Kriterien, wie etwa die Notwendigkeit einer Amortisierung nicht übertragbaren festen Sachanlagevermögens, begründet werden.<sup>333</sup> Dadurch ergibt sich letztlich auch eine Verschärfung gegenüber dem Freistellungsbeschluss, insofern selbst in Fällen von Betrauungsakten von 10 oder unter 10 Jahren eine objektive Begründung verlangt wird.<sup>334</sup>

### cc) Effizianzanreize

Früh hatte die Kommission darauf hingewiesen, dass sie bei größeren Beihilfen einen verstärkten Fokus auf die Effizienz legen will. Während der alte DAWI-Gemeinschaftsrahmen noch eine „Kann-Bestimmung“ hinsichtlich der Vereinbarung von Effizianzanreize bei der Ausgleichserstattung enthielt,<sup>335</sup> *müssen* die Mitgliedstaaten nun derartige Anreize setzen, es sei denn, sie können begründen, dass diese nicht möglich oder nicht angemessen sind.<sup>336</sup> Bei der Ausgestaltung der Effizianzanreize haben die Mitgliedstaaten ein Ermessen: Als Grundsatz wird zwischen zwei Kategorien von Effizianzanreizen unterschieden. Zum Ersten ist dies eine vorab festgelegte pauschale Ausgleichshöhe, die die Effizienzgewinne berücksichtigt.<sup>337</sup> Zum Zweiten können die nationalen Behör-

<sup>330</sup> Darauf hinweisen Geradin, The Reform of State Aid Rules of Financing of Public Services, in: EStAL 2/2012, S.58.

<sup>331</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 46.

<sup>332</sup> So sehr kritisch Geradin, The Reform of State Aid Rules of Financing of Public Services, in: EStAL 2/2012, S.58.

<sup>333</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. Rnd. 17, Für weitere Ausführungen siehe Kommission, Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd. 163.

<sup>334</sup> Sinnaeve, What's new in SGEI in 2012?, in: EStAL 2012, S.360; siehe auch Kommission, Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd. 166.

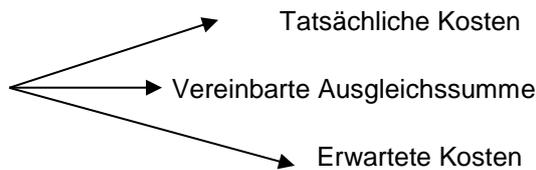
<sup>335</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F., Rnd. 18.

<sup>336</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 39.

<sup>337</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd.40.

den konkrete Effizienzgewinne vereinbaren, wobei die Ausgleichshöhe davon abhängig gemacht werden soll, inwieweit diese Ziele erreicht worden sind.<sup>338</sup> Die Ausgleichssumme soll dann nach einer vorher festgelegten Berechnung erhöht, aber auch gekürzt werden, je nachdem, ob das Unternehmen die Effizienzziele erreicht hat. Die Effizienzkriterien werden als ein Kompromiss zwischen den Vorgaben des 4. Altmark-Trans-Kriteriums und einer reinen Zulassung des Vollkostenansatzes, bei welchem die Gefahr von Ineffizienzen bestände, gefeiert.<sup>339</sup> Ökonomen begrüßen derartige Effizienzprämien, weil sie die Unternehmen dazu bringen, niedrigere Kosten und höhere Qualitätsstandards anzustreben und somit auch die Kosten für die Allgemeinheit zu senken.<sup>340</sup> Effizienzprämien sind zudem ein Ansatz, um die am bisherigen DAWI-Beihilfenrecht kritisierte Tendenz zu unflexiblen Margen ein Stückweit aufzuheben, da nunmehr Gewinne, welche in Form derartiger Vereinbarungen erreicht worden sind, nicht als Überkompensation abzuführen sind. Dagegen lassen sich die zusätzlichen Bürokratiekosten anführen, die mit der Festschreibung und Überprüfung derartiger Effizienzkriterien verbunden sind. Auch scheint die Kommission der Ansicht zu sein, dass im Falle nicht erreichter Effizienzgewinne die entstandenen Kosten grundsätzlich nicht vollständig erstattet werden sollen, was die Gefahr einer Unterkompensierung bedeutet.<sup>341</sup>

Bild 3 (eigene Darstellung nach Europäische Kommission, Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd. 173): Fall einer Unterkompensierung bei Nichterfüllung von im Betrauungsakt vereinbarten Effizienzprämien bei Kosten/Zeit.



Schließlich lässt sich gegen die neue Bestimmung einwenden, dass die Möglichkeit und damit die Vorteile derartiger Anreize schon vorher im DAWI-Gemeinschaftsrahmen a.F. vorhanden waren. Im Kern geht es daher um die Frage, ob die Kommission

befugt ist, im Rahmen von Art. 106 (3) AEUV Effizienzprämien vorzuschreiben. Die Mitgliedstaaten sowie der Ausschuss der Regionen haben sich hier bereits sehr kritisch geäußert.<sup>342</sup> Wie bereits in Teil C ausgeführt, hat die Kommission die besonderen Regelungsvorbehalte der Mitgliedstaaten im Bereich der DAWI zu respektieren. Nach Ansicht des EuG ist die Kommission nicht befugt, über den Umfang der Kosten, über die Zweckmäßigkeit der von den politischen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen politischen Entscheidungen oder über die wirtschaftliche Effizienz des öffentlichen Betreibers in dem ihm vorbehaltenden Sektor zu entscheiden.<sup>343</sup> Dagegen vertritt *Sinnaeve* die Ansicht, dass Art. 106 (2) AEUV derartige Effizienzkriterien nur dann ausschließt, sofern diese die Funktionsfähigkeit der DAWI gefährden, was nicht der Fall sei.<sup>344</sup>

Letzteres verkennt zunächst, dass derartige Effizienzkriterien gerade für kleinere und mittelständische Unternehmen durchaus eine administrative Belastung darstellen und zudem im Falle einer allzu strikten Anwendung auch zu einer möglichen Unterkompensierung führen können. Gravierender ist jedoch die allzu lapidare Umgehung mitgliedstaatlicher Schutzvorbehalte: Eine notwendige Reflektion über die Grundlagen des Beihilfenrechts und des Schutzgutes des Wettbewerbs wird gar nicht vorgenommen. Teil B hat aufgezeigt, dass der *new economic approach* Ansätze einer verstärkten Sicht auf die Konsumentenwohlfaht beinhaltet, gleichzeitig jedoch nicht die teleologischen Grundlagen des EU-Beihilfenrechts aus den Augen verlieren darf. Derartige Effizienzprämien lassen sich im Kern nicht auf das Ziel einer Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt zurückführen, sondern sie haben die Absicht, Kosten für die Allgemeinheit zu senken. Ihr Fokus liegt nicht auf dem Wettbewerb. Sie übertreten nach Ansicht des Autors an dieser Stelle die Schwelle

<sup>338</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 41.

<sup>339</sup> So die Einschätzung von *Sinnaeve*, *What's new in SGEI in 2012?*, in: *EStAL* 2/2012, S.360.

<sup>340</sup> *Coppi*, *SGEI Compensation in the Almunia Package*, in: *EStAL* 2/2012, S.49f.

<sup>341</sup> Kommission, *Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI*, SWD (2013) 53 final, Rnd. 173.

<sup>342</sup> Vgl. etwa Bundesrepublik Deutschland, Mitteilung - Reform der EU-Beihilferegulungen für Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Berlin 19.10.2011, S.12. Ausschuss der Regionen, Stellungnahme bezüglich der Reform des EU-Beihilfenrechts über die DAWI-Leistungen, AdR 7/2011, siehe auch *Lambertz/Hornung*, *For the Committee of the Regions the Glass is half-full*, in: *EStAL* 2/2012, S.330.

<sup>343</sup> EuG, T-106/95, *FFSA/Kommission*, SLG.1997, II-229, Rnd. 108; siehe jüngst ausführlicher EuG, T-568/08 und T-573/08, *Métropole Télévision*, Slg. 2010, II-03397, Rnd. 136ff.

<sup>344</sup> *Sinnaeve*, *What's new in SGEI in 2012?*, in: *EStAL* 2/2012, S.360.

hin zu umfassenderen Wirtschafts- und Fiskalpolitik und übersteigen die Grundlagen des Art. 106 (3) AEUV. Diese Effizienzreize wären, wenn überhaupt, über den Art. 14 S.2 AEUV zu regeln, wobei sich auch hier Bedenken einstellen würden. Aus Sicht des Ziels der Rechtsicherheit sind schließlich noch die unklaren Ausnahmebegriffe wie „nicht möglich“ oder „nicht angemessen“ zu bedauern, die ebenfalls Unsicherheiten bereiten werden.<sup>345</sup>

#### **dd) Weitere Vorschriften im Falle außergewöhnlicher Wettbewerbsverzerrungen**

Der neue DAWI-Gemeinschaftsrahmen behält sich schließlich vor, im Falle außergewöhnlicher schwerwiegender Wettbewerbsverfälschungen, DAWI-Unternehmen weitere Verpflichtungen aufzuerlegen, unter denen diese Wettbewerbsverzerrung gemildert werden können.<sup>346</sup> Diese außergewöhnlichen schwerwiegenden Wettbewerbsverfälschungen sind nach Ansicht der Kommission Fälle, die zwar die sonstigen Bedingungen des DAWI-Gemeinschaftsrahmens erfüllen, aber gleichwohl die Verfälschungen auf den Binnenmarkt nicht beseitigen und den Handel in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Union zuwiderläuft. Vom Wortlaut her beruft sich die Kommission damit auf die spezielle Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 106 (2) S.2 AEUV und will die hier etablierte allgemeine Abwägung weiter konkretisieren.<sup>347</sup> Die Konzentration auf jene lediglich außergewöhnlichen Fälle von Wettbewerbsverzerrungen wird in kommissionsnahen Kommentierungen ebenfalls als ein Kompromiss gefeiert, insofern die Kommission aufgrund des Ermessens der Mitgliedstaaten keine allgemeine Ausweitung einer engeren Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich der DAWI-Finanzierung durchsetzen konnte.<sup>348</sup> Derartige schwerwiegende Wettbewerbsverfälschungen sollen nur unter außer-

gewöhnlichen Umständen vorkommen.<sup>349</sup> Die Kommission nennt vier Beispiele: Insbesondere im Falle von Betrauungsakten, deren Dauer und Aufteilung nicht richtig begründet worden sind<sup>350</sup>; bei besonderen Fehlern hinsichtlich der Aufgabenbeschreibung als DAWI<sup>351</sup>; im Rahmen besonderer und ausschließlicher Rechte, dessen Vorteile und Gewinne nicht richtig verrechnet worden sind<sup>352</sup>; oder in Fällen, in denen die Unternehmensinfrastruktur dazu geeignet ist, zu Abschottungen auf den relevanten Märkten zu führen.<sup>353</sup> In solchen Fällen will sie eine engere Prüfung verfolgen und möglicherweise Korrekturen vorschreiben. In den September-Entwürfen war noch eine ausführlichere Liste mit derartigen außergewöhnlichen Wettbewerbsverzerrungen und den entsprechenden verbundenen möglichen Zusatzverpflichtungen enthalten. Nach Protesten der Mitgliedstaaten hat die Kommission eine Änderung vorgenommen.

Die Bedenken bleiben allerdings in der Überarbeitung bestehen: So ist weiterhin unklar, inwiefern sich die genannten Kategorien von den genannten Verpflichtungen im Rahmen des DAWI-Gemeinschaftsrahmens unterscheiden.<sup>354</sup> So schreibt zum Beispiel bereits der Gemeinschaftsrahmen das Erfordernis einer objektiven Begründung des Betrauungszeitraumes vor.<sup>355</sup> Zu kritisieren ist, dass die Kategorien sehr offen beschrieben sind, sodass sie die eigentlich beabsichtigte Rechtsklarheit vermissen lassen.<sup>356</sup> Während *Sinnaeve* in einer salvatorischen Art darauf verweist, dass die zukünftige Entscheidungspraxis der Kommission die Rechtsunsicherheiten ausräumen muss<sup>357</sup>, ist zu überlegen, ob diese zusätzlichen Anforderungen noch unter dem Ermessen der Kommission im Rahmen von Art. 106 (3) AEUV subsumiert werden können. Dabei steht das Vorgehen der Kommission nicht im Einklang mit dem Funktionsgebot der Union bezüglich der DAWI, weil sie enorme Rechtsunsicherheiten verursacht. Zum Zweiten wird das Ermessen

<sup>345</sup> Bundesrepublik Deutschland, Mitteilung - Reform der EU-Beihilferegulungen für Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Berlin 19.10.2011, S.12, keine weitere Konkretisierung vornehmend, selbst in, Kommission, Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd. 172ff.

<sup>346</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 51ff.

<sup>347</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen Rnd. 52 i.V.m. Rnd. 51.

<sup>348</sup> Siehe auch Begründung u.a. von Pesaresi, The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI), in: Competition policy newsletter of the European Commission 2012-1, S.20f. Hier wird bei Art. 106 (2) S.1 AEUV von einem "necessity-test" und bei Art. 106 (2) S.2 AEUV von einem "balancing-test" gesprochen.

<sup>349</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 54.

<sup>350</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 55.

<sup>351</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 56.

<sup>352</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 57.

<sup>353</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F., Rnd. 58.

<sup>354</sup> Darauf hinweisend Geradin, Public Compensation for Services of General Economic Interest, in: EStAL 2/2012, S.62.

<sup>355</sup> DAWI-Gemeinschaftsrahmen Rnd. 17.

<sup>356</sup> Nicht wirklich konkretisierend, Kommission, Guide to the Application of EU state aid rules on SGEI, SWD (2013) 53 final, Rnd.181.

<sup>357</sup> *Sinnaeve*, What's new in SGEI?, in: EStAL 2/2012, S.361.

der Mitgliedstaaten bei der Organisation der DAWI überstrapaziert bzw. stark gereizt, wenn sich die Kommission derartige Kontrollen in einer vagen Form vorbehält.<sup>358</sup>

#### d) DAWI-De-minimis-Verordnung

Das letzte Rechtsdokument im Rahmen der Almunia-Reform ist die neue DAWI-De-minimis-Verordnung, die am 25. April 2012 in Kraft getreten ist. Gem. Art. 2 (2) DAWI-De-minimis-Verordnung werden Ausgleichszahlungen an DAWI-Unternehmen vom Beihilfenrecht herausgenommen, sofern diese innerhalb von drei Steuerjahren den Höchstbetrag von 500.000 Euro nicht übersteigen. Begründet wird dies gegenüber der klassischen De-minimis-VO mit dem häufig lokalen Charakter der DAWI.<sup>359</sup> Im Septemberentwurf hatte die VO noch zwei zusätzliche Kriterien beinhaltet, nach denen die zuständigen lokalen Behörden nur für eine Bevölkerungszahl von 10.000 zuständig sein, sowie das DAWI-Unternehmen keinen Umsatz von mehr als 5 Millionen Euro erwirtschaften sollten.<sup>360</sup> Nach berechtigter Kritik, dass diese zusätzlichen Kriterien eine Diskriminierung größerer Kommunen sowie größerer DAWI-Unternehmen bedeutet hätte, wurden diese von der Kommission wieder herausgenommen.<sup>361</sup> In der neuen VO ist daher letztlich nur erforderlich, dass die 500.000 Euro in einer Beziehung zu DAWI-Leistung stehen. Dazu soll nach Erwägungsgrund 6 ein schriftlicher Betrauungsakt notwendig sein. Die Anforderungen an den Betrauungsakt sind aber wohl längst nicht so detailliert wie im sonstigen DAWI-Beihilfenrecht. Hinsichtlich der Kumulierungsregeln stellt die neue DAWI-De-minimis klar, dass derartige DE-minimis-Beihilfen nicht zu anderen bereits unter den Altmark-Trans-Kriterien erstatteten Ausgleichszahlungen hinzu gerechnet werden können.<sup>362</sup> Hinsichtlich der Überwachung sollen die Mitgliedstaaten DAWI-De-minimis-Beihilfen entweder im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen oder wahlweise

in einem eigens dafür eingerichteten Zentralregister.<sup>363</sup>

Die DAWI-DE-minimis-VO ist insgesamt das effektivste Instrument, um für kleinere DAWI-Ausgleichszahlungen eine wesentliche Erleichterung und Flexibilität zu schaffen. Obwohl der Ausschuss der Regionen noch eine Grenze von 800.000 Euro gefordert hatte, dürfte mit den 500.000 Euro eine ausreichende Anzahl an DAWI-Ausgleichszahlungen nunmehr sinnvoll freigestellt worden sein.<sup>364</sup>

#### IV. Gesamtbewertung - Eine Lösung des Ziel- und Kompetenzkonflikts?

Es wurde bereits herausgearbeitet, dass aus Sicht des vertraglichen DAWI-Optimierungs- und Funktionsgebots der Union die vielen Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung der Altmark-Trans-Kriterien und der darauf aufbauenden Rechtstexte im Rahmen des Art. 106 (3) AEUV sehr kritisch sind, weil sie sowohl die betrauenden Behörden sowie die DAWI-Unternehmen in ihrer täglichen Arbeit belasten. Blickt man nun in einer Gesamtschau auf die Almunia-Reform, dann fällt auf, dass die Kommission eine Vereinfachung und Flexibilisierung aber nur in differenzierter Form anstrebt. Dies macht die Kommission deswegen, weil sie in bestimmten DAWI-Sektoren einen verstärkten Handel beobachtet, der im Sinne der Allokationsziele des Wettbewerbs sowie der sich im Kontext der Schuldenkrise ergebenden Konsolidierungsziele auf keinen Fall durch öffentliche Gelder und Überkompensierungen verzerrt werden soll und im Gegenteil einen zusätzlichen Schutz bedarf. Die gewählte Rechtssystematik der Almunia-Reform ist für einen Kenner nicht sehr innovativ, insofern sie die Übernahme und Weiterentwicklung des Monti-Pakets darstellt. Als wesentliche Instrumente der Vereinfachung werden der Freistellungsbeschluss mit dem neuen unbegrenzten Anwendungsbereich der Sozialdienstleistungen sowie einer neuen auf die DAWI-Leistungen zugeschnittenen DAWI-De-minimis-VO gewählt. Umgekehrt dient der verschärfte und zum Teil mit neuen, teilweise sehr komplexen Anforderungen versehenen DAWI-Gemeinschaftsrahmen der Erreichung eines sich strenger definierten Wettbewerbszieles der Konsumentenwohlfaht. Die gewählte

<sup>358</sup> So scheint die Kommission die volle Beachtung des weiten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten nicht ohne Grund zu betonen, DAWI-Gemeinschaftsrahmen Rnd. 65.

<sup>359</sup> Erwägungsgrund 4 DAWI-De-minimis-VO.

<sup>360</sup> Sinnaeve, What's New in SGEI in 2012?, in: EStAL 2/2012, S.365.

<sup>361</sup> Zum Beispiel CEEP, Opinion on the Reform of EU State Aid Rules on Services of General Economic Interest, 2011.

<sup>362</sup> Art. 2 (6) DAWI-De-minimis-VO i.V.m. Erwägungsgrund 15. Siehe auch Sinnaeve, What's New in SGEI in 2012?, in: EStAL 2/2012, S.366.

<sup>363</sup> Art. 3 (1) und (2) DAWI-DE-minimis-VO.

<sup>364</sup> Lambert/Hornung, For the Committee of the Regions the Glass is half-full, in: EStAL 2/2012, S.331.

Rechtssystematik der Kommission lässt bereits von vornherein nicht den großen Wurf erwarten. Dabei zeigte bereits das Monti-Paket die Nachteile auf, die aus derartigen letztlich rechtsunverbindlichen Rechtstexten hervorgehen.<sup>365</sup> Ein Legislativverfahren nach Art. 14 S.2 AEUV wäre aus dem Ziel der Rechtssicherheit heraus besser gewesen.

Klammert man die Frage nach dem möglichen Anwendungsgebiet des Art. 14 S.2 AEUV aus, ist die Frage dann, ob die Kommission mit der Almunia-Reform im Rahmen ihrer Möglichkeiten eine schlüssige Antwort auf die herausgearbeiteten vertraglich angelegten Ziel- und Kompetenzfragen und die bisherigen Probleme bei der Anwendung des DAWI-Beihilfenrechts vorgelegt hat: Dabei ist vor allem die DAWI-DE-minimis-VO zu begrüßen, da sie die vergleichsweise größte Vereinfachung für DAWI-Leistungen mit sich bringt. Der Freistellungsbeschluss n.F. mit seinem erweiterten Anwendungsbereich der Sozialdienstleistungen ist ebenfalls positiv einzuordnen, da hier auf die notwendige sektorspezifische Betrachtungsweise reagiert wird und der Diskussionsprozess um die Sozialdienstleistungen als besonders sensible Dienstleistungen einen vorläufigen Abschluss findet. Dabei ist die Definition im Art. 2 Freistellungsbeschluss n.F. nach der hier vertretenden Ansicht ausreichend weit und wird nur in seltenen Fällen zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Problematisch ist dann nur, dass sich die Vereinfachung bezüglich der Sozialdienstleistungen lediglich auf das vierte Altmark-Trans-Kriterium bezieht, wobei der BUPA-Fall aber eine notwendige differenzierte Betrachtungsweise auch hinsichtlich der anderen Altmark-Trans-Kriterien aufgezeigt hat.<sup>366</sup> Auch in Bezug auf das 1. Altmark-Trans-Kriterium wird es weiterhin Unsicherheiten hinsichtlich des mitgliedstaatlichen Ermessens bei der Definition der DAWI geben.<sup>367</sup> Hier wäre nach Ansicht des Autors mehr Innovationskraft möglich gewesen. Es wäre denkbar gewesen, den Begriff der Sozialdienstleistungen im Art. 5

des DAWI-Freistellungsbeschlusses einzuführen und mit einer zusätzlichen wohl definierten Lockerung im Ausnahmefall zu versehen. Dies gilt umso mehr, als dass der Freistellungsbeschluss n.F. gleichzeitig Verschärfungen vor allem bezüglich des dritten Altmark-Trans-Kriterium vornimmt: So wird zwar weiterhin der Vollkostenansatz zur Berechnung der Ausgleichshöhe zugelassen, mit der möglichen Deckelung in Art. 5 (5)-(7) DAWI-Freistellungsbeschluss kann sich aber nunmehr bei der Berechnung des Gewinns die Gefahr einer negativen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ergeben, sofern die Kommission von keinem besonderen Risiko ausgeht. Zwar ist zu begrüßen, dass die Kommission versucht, den „angemessenen Gewinn“ und die „zu berücksichtigenden Risiken“ näher zu konkretisieren. Eine grundsätzliche Verschärfung mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Ausnahme trägt aber nicht zu einer Erleichterung für die DAWI-Leistungen bei.

Bei dem DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. hingegen besteht bereits vom Anspruch her nicht der Wille, eine Vereinfachung für die DAWI-Anbieter zu erreichen. Es werden Verschärfungen über neue Verfahrensanforderungen, der zeitlichen Bestimmung des Betrauungsaktes, der net-avoided-cost-Methode zur Ausgleichsberechnung, über obligatorische Effizianzanreize sowie die Möglichkeit zusätzlicher Anforderungen im Falle besonderer außergewöhnlicher Fälle eingeführt. Dabei ist fraglich, ob sich aus dem, von der Kommission konstatierten Anstieg an einem gestiegenen innereuropäischen Handel und Wettbewerb in manchen DAWI-Sektoren diese Kriterien wirklich ergeben müssen. Dies vor allem, weil ja in den weitestgehend liberalisierten DAWI-Bereichen ohnehin umfassende Richtlinien vorhanden sind, die das allgemeine DAWI-Beihilfenrecht in seiner Anwendung verdrängen. Insgesamt trägt der DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. in jedem Fall nicht zu dem Ziel der Rechtssicherheit bei. Die vielfachen neuen Anforderungen werden eher dazu führen, dass sich die Behörden bei einer Nichtanwendung der DAWI-De-minimis-VO oder des Freistellungsbeschlusses n.F. dazu entscheiden, gleich alle Altmark-Trans-Kriterien zu erfüllen, anstatt sich dem DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. zu unterwerfen. Zudem bleibt die Rechtsfolgenseite weiter ungeklärt, was aber durch die neuen zahlreichen, lediglich formal anmutenden Kriterien weiter akut wird: Sowohl bei den Kriterien des öffentlichen Anhörungsver-

<sup>365</sup> Siehe etwa das Urteil EuG, T-137/10, CBI/Kommission, BeckRS 2012, 82356, Rnd. 95ff., welches die Kommissionsentscheidung zur Auslegung des 1. Altmark-Trans-Kriteriums in Frage gestellt hat. Die Entscheidung der Kommission wurde dabei auf Grundlage der alten Freistellungsentscheidung nach dem Monti-Paket getroffen. Mit dem Almunia-Paket wird sich daran nichts ändern.

<sup>366</sup> Die Notwendigkeit für mehr Flexibilität betonen Meroia/Ubaldi, Are the New Rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI?, in: EStAL 2012.

<sup>367</sup> EuG, T-137/10, CBI/Kommission, BeckRS 2012, 82356, Rnd. 95ff.,

fahrens und der Effizienz sowie den zusätzlichen Anforderungen im Rahmen außergewöhnlicher Wettbewerbsverzerrungen, als auch den sonstigen Kontroll- und Transparenzkriterien ist fraglich, ob eine vollständige Rückforderung der gezahlten Ausgleichzahlung wirklich verhältnismäßig ist.<sup>368</sup>

Zwischen dem Freistellungsbeschluss n.F. und dem DAWI-Gemeinschaftsrahmens n.F. liegt die neue DAWI-Klarstellungsmitteilung, die so nicht im Monti-Paket vorhanden war: Sie nimmt einerseits eine Zusammenfassung und teilweise eine Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung vor und kann somit vor allem dem einfachen Rechtsanwender behilflich sein. Andererseits können sich aus den Konkretisierungen in der DAWI-Klarstellungsmitteilung, insbesondere in Bezug auf die Definition des Vorliegens der DAWI, aber auch des Vergabeverfahrens, Verschärfungen für DAWI-Unternehmen ergeben. Aus Sicht der DAWI-Anbieter wird die DAWI-Klarstellungsmitteilung aber nicht den großen Mehrwert bringen.

Insgesamt ist das Almunia-Paket nicht in der Lage, den Zielkonflikt zwischen den DAWI-Leistungen und ihren Besonderheiten sowie den Anforderungen des Wettbewerbs grundsätzlich aufzulösen. Aus Sicht des Art. 14 S.1 AEUV und dem hier etablierten Optimierungsgebot wäre ein Mehr an Vereinfachung und ein Mehr an Klarheit notwendig gewesen.

Dies wird zudem verschärft durch die Kompetenzverstöße der Kommission im Rahmen des DAWI-Gemeinschaftsrahmens n.F. So stellen die Anordnung eines Anhörungsverfahrens sowie die Effizienzkriterien jeweils ein, durch das Ermessen in Art. 106 (3) AEUV nicht mehr gedecktes Überschreiten der Grenze hin zu einer gestalterischen Wirtschafts- und Fiskalpolitik dar. Die Kommission überstrapaziert an dieser Stelle die vertraglich festgelegten Schutzinteressen der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer DAWI-Leistungen. Zwar lässt sich durch die DAWI-De-minimis-VO und dem Freistellungsbeschluss n.F. eine positive Zurücknahme einer ausufernden Beihilfenkontrolle feststellen. Für höhere DAWI-Ausgleichssummen, die über 15 Millionen Euro innerhalb eines Jahres betragen, wird diese aber in das Gegenteil verkehrt.

<sup>368</sup> So auch Sinnaeve, What's new in SGEI?, in: EStAL 2012, S.363.

## E. Fazit und Ausblick

Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als besondere Güter stellen einen besonderen Wert der Europäischen Union dar und werden zu Recht als ein wesentlicher Bestandteil des europäischen Sozialmodells angesehen. Sie sind für den Bürger täglich erfahrbar und zeichnen sich durch eine besonders bürgernahe und damit auch demokratiepolitische Dimension aus. Die sozialen Ziele, bei denen es um besondere Zugangschancen und Qualitäten geht, müssen mit den Erfordernissen eines europäischen Binnenmarktes und den Allokationszielen des Wettbewerbs in Einklang gebracht werden, was der Zweck von Art. 14 i.V.m. Art. 106 AEUV ist. Weiter ist es das Beihilfenrecht in Art. 107ff. AEUV, die sich für die DAWI-Leistungen zeigenden tatbestandlichen Anknüpfungspunkte, die darauf aufbauende Rechtsprechung des EuGH und das Sekundärrecht der Kommission, welche die Besonderheiten der DAWI mit den Erfordernissen des Wettbewerbs austarieren müssen.

Der Zielkonflikt wird durch zusätzliche souveräne Schutzvorbehalte der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer DAWI aufgeladen. Unter anderem Art. 1 Spiegelstrich 1 und Spiegelstrich 2 des DAWI-Protokolls verbieten den primärrechtlichen Wert, dem der weite Ermessensspielraum nationaler, regionaler und lokaler Behörden bei der Gestaltung der DAWI und der Vielfalt der DAWI in Europa zukommen. Der damit herausgearbeitete Ziel- und Kompetenzkonflikt verschärft sich in einer Zeit der europäischen Schuldenkrise, in denen öffentliche Haushalte unter zunehmenden Konsolidierungsdruck stehen.

Auch die jüngsten Reformbemühungen der Almunia-Reform vom 31. Januar 2012 werden von der Kommission in den Kontext der Krise gestellt. Dabei können die Rekonstruktionspläne im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion und der Kampf um eine Europäische Wirtschaftsregierung jedoch die legitimatorischen Grenzen des Vertrages nicht beiseite schieben. Im Gegenteil sollte den Ängsten der Bürger begegnet werden, wenn man die Ziele einer legitimierten und demokratischen europäischen Wirtschafts- und Fiskalregierung erreichen will. Dies erreicht man am besten, wenn die Kontrolle auf das Nötigste reduziert wird und Brüssel wei-

terhin Freiräume belässt. Zudem müssen die nationalen Parlamente sowie die zivilgesellschaftlichen umsetzenden Stellen in den Mitgliedstaaten an der ordnungspolitischen Debatte beteiligt bleiben, um einen mangelnden Rückhalt zu verhindern.<sup>369</sup> Zwar versucht die Kommission die unterschiedlichen Akteure einzubinden, die Schwierigkeiten dieser Einbindung im europäischen Mehrebenensystem sind jedoch offensichtlich.<sup>370</sup>

Hinsichtlich der Almunia-Reform bleibt das Urteil jedenfalls ambivalent: Die neue DAWI-De-minimis-VO sowie in Teilen der neue DAWI-Freistellungsbeschluss n.F. stellen einerseits positive Ansätze dar, um den Behörden vor Ort und den DAWI-Unternehmen das tägliche Leben zu vereinfachen und ihre Flexibilität bei der Finanzierung der DAWI-Leistungen zu erhöhen. Andererseits ist der DAWI-Gemeinschaftsrahmen n.F. nach genauerer Betrachtung jedoch ein kompliziertes unfertiges Werk, das i.S. neuer Brüssler Bürokratie nicht gerade das Herz für ein stärkeres Europa höher schlagen lässt. Zu vermuten ist jedenfalls, dass entgegen aller Bemühungen der Kommission viele der nationalen und lokalen Behörden noch gar nicht wissen, was hier von ihnen gefordert wird.

Dabei kann zu dem jetzigen Zeitpunkt noch kein abschließendes Fazit abgegeben werden. Vieles wird von der noch ausstehenden Kommissionspraxis und der Rechtsprechung abhängen.<sup>371</sup> Abzuwarten bleibt schließlich, wie groß der eigentliche Anwendungsbereich

des DAWI-Gemeinschaftsrahmens n.F. sein wird.

Insgesamt bleibt das Beihilfenrecht bezüglich der Daseinsvorsorge auf ein *trial and error* Verfahren angewiesen. Die DAWI-Anbieter müssen sich darauf einstellen, dass mit der Almunia-Reform Rechtsunsicherheiten bestehen bleiben oder die alten Rechtsunsicherheiten durch neue Rechtsunsicherheiten ersetzt werden. Hinsichtlich der sich teilweise stellenden kritischen Kompetenzfragen sollten die Mitgliedstaaten notfalls Nichtigkeitsklagen anstreben, um den EuGH vermehrt über mögliche Kompetenzübertretungen im DAWI-Beihilfenrecht entscheiden zu lassen. Nur so lässt sich eine sinnvolle Kompetenzabgrenzung erreichen, die vor dem Hintergrund aktueller Veränderungen in der Wirtschafts- und Währungsunion umso dringender erscheint. Zudem ist die allgemeine Rechtsprechung der Gerichte kritisch zu beobachten. Abzuwarten bleibt, ob diese sich auf eine DAWI-freundliche Haltung einlassen oder nicht sogar die Kommission in ihrer dezidiert flexiblen DAWI-freundlichen Ermessensauslegung in die Schranken weisen werden. Sollten am Ende die Gerichte nicht zu Korrekturen sowohl im Bereich der Kompetenzen, als zur Stärkung der Flexibilität der DAWI-Finanzierung bereit sein, dann müssen politische Initiativen in Betracht gezogen werden. Neben einer Vertragsveränderung gibt es weiterhin die Möglichkeit des Art. 14 S.2 AEUV, bei dem die Mitgliedstaaten sowie das Europaparlament eine Verordnung im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens verabschieden können. Zwar besteht hier vielleicht noch mehr die Gefahr, dass ein Mehrheitswille der Mitgliedstaaten sowie des Europaparlamentes die Kompetenzvorbehalte durchbrechen kann. Allerdings sollte diese Debatte zumindest nicht von vornherein abgelehnt werden.<sup>372</sup> Möglich wäre die bisherige Rechtspraxis in einer Art Rahmenverordnung zusammenzufassen, gleichzeitig aber die notwendige Flexibilität bei der DAWI-Finanzierung festzuschreiben.

Für die übergeordnete Debatte zeigt der Bereich der DAWI-Finanzierung ein gutes Beispiel für die derzeitigen Rechtsunsicherheiten einer europäischen Wirtschafts- und Sozial-

<sup>369</sup> Siehe z.B. Forderung Deutscher Verein, Stellungnahme zur Mitteilung der Europäischen Kommission „Sozialinvestitionen für Wachstum und sozialen Zusammenhalt“, S.10.

<sup>370</sup> Kommission, Seite der Konsultation [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_sgei/index\\_de.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/index_de.html), letzter Zugriff am 22.03.2013. Die Schwierigkeit einer solchen Einbindung im EU-Mehrebenensystem zeigte sich vor allem an der traurigen Debatte um die EU-Dienstleistungskonzessionsrichtlinie, siehe Kramer, Debatte um EU-Richtlinien: Die JEF muss sich für die Subsidiarität stark machen, auf: TreffpunktEuropa.de sowie Müller, Warum es keine europäische Zwangspriatisierung der Wasserversorgung geben wird und die europapolitische Debatte immer so furchtbar schrill ist, auf: Blog: Der (Europäische) Föderalist, 02/2013.

<sup>371</sup> Zu den Übergangsbestimmungen siehe Art. 10 Freistellungsbeschluss n.F. sowie zum Gemeinschaftsrahmen, Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD (2013) 53 final, Rnd. 185. Beihilfen, die vor dem Inkrafttreten des alten Gemeinschaftsrahmens aber lediglich angemeldet worden sind, werden nach dem neuen Rahmen beurteilt.

<sup>372</sup> Kritisch allerdings Reck im Interview, Kramer, Wenn die EU die Regeln für die Wasserversorgung ändern will - Interview mit Hans-Joachim Reck, Präsident des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Arbeitgeber und Unternehmen in Europa (CEEP), auf: TreffpunktEuropa.de.

verfassung, die sich im Entstehen befindet und dessen Grundlagen noch umkämpft sind. Dabei sollte die Kommission darauf Acht geben, das Kind nicht gleichsam mit dem Bade auszuschütten. Daneben sind die Mitgliedstaaten sowie das Europaparlament gefragt, aufzuzeigen, dass Europa auch in Zukunft nur dort Kompetenzen an sich zieht, wo sie notwendig sind. Rechtliche Schutzinstrumente wie der Art.14 AEUV, das DAWI-Protokoll, die Identität der lokalen und regionalen Selbstverwaltung in Art. 4 (2) S.1 EUV aber auch im Allgemeinen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art 5 (2) EUV bzw. die Kompetenzausübungsschranken wie das Subsidiaritäts- oder Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 5 (3) (4) EUV dienen dann als Ankerpunkte, die bereits vorhanden sind und weiter mit Leben gefüllt werden können.

Schließlich legen die obigen Ausführungen die Vermutung nahe, dass eine Europäische Wirtschaftsregierung auch in Zukunft im Falle einer Fortentwicklung auf die Akzeptanz der Besonderheiten und der Bürgernähe unterschiedlicher Traditionen in den Mitgliedstaaten angewiesen bleibt. Sollten sich irgendwann wirklich einmal die derzeit noch schwachen politischen Kräfte durchsetzen, die jenseits der aktuellen Krisenmaßnahmen umfassende Vertragsveränderungen fordern<sup>373</sup>, spricht damit vieles für eine weitere Schärfung sowohl der Kompetenzgrenzen als auch der Kompetenzausübungsschranken. Entsprechende Pläne sollten in einem vorbereitenden Verfassungskonvent neben einer Kompetenzneuordnung sowie Stärkung der demokratischen Legitimität ebenfalls auf den Tisch.<sup>374</sup>

<sup>373</sup> z.B. Union of European Federalists, Towards a Federal Europe, Manifesto 2014, Berlin 11/13.

<sup>374</sup>Man könnte das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 (3) AEUV auch auf ausschließliche Kompetenzen erstrecken lassen. Für eine Überprüfung der jetzigen Handhabung mit dem Subsidiaritätsprinzip sowie Mitwirkung der nationalen Parlamente im Übrigen jüngst eintretend das Europaparlament, Entschließung zu dem 18. Bericht zum Thema „Bessere Rechtsetzung“ – Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, INI2011/2276, ABl. 353E/117, 3.12.13.

## Literaturverzeichnis

### *Kommentare:*

**Calliess, Christian/Ruffert, Matthias**, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 4. Auflage 2011.

**Dauses, Manfred**, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München, 29. Ergänzungslieferung September 2011.

**Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin**, Das Recht der Europäischen Union, München, 48. Ergänzungslieferung August 2012.

**Heidenhain, Martin**, European State Aid Law – Handbook, München 2010.

**Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim**, EU-Wettbewerbsrecht, München, 5. Auflage 2012.

**Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen**, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) – Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, München 2011.

### *Monographien/Dissertationen:*

**Bauer, Stefan**, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages, Baden Baden 2008.

**Bahle, Thomas**, Wege zum Dienstleistungsstaat, Deutschland, Frankreich und Großbritannien im Vergleich, Wiesbaden 2007.

**Bührle, Folko**, Gründe und Grenzen des „EG-Beihilfenverbots“, Tübingen 2006.

**Bußmann, Elisabeth**, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 16, 86 Abs. 2 EG und Art. 36 Grundrechtecharta unter Berücksichtigung des Vertrages von Lissabon, Berlin 2009.

**Calliess, Christian/Korte, Stefan**, Dienstleistungsrecht in der EU, München 2011.

**Gilberg, Anika**, Die Förderung gemeinnütziger Körperschaften durch öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen – Eine Reformüberlegung angesichts der Beihilfeneigenschaft von Steuervergünstigungen und öffentlichen Zuwendungen, Baden Baden 2011.

**Koppmann, Martin**, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle – Eine umfassende Darstellung und Bewertung der europäischen Beihilfekontrolle in kompetenzrechtlicher Hinsicht, Hamburg 2011.

**Lehr, Marc**, Beihilfen zur Gewährleistung des öffentlichen Personalnahverkehrs – Beihilfen zur Gewährleistung des öffentlichen Personalnahverkehrs – Die europarechtskonforme Finanzierung der Daseinsvorsorge am Beispiel des ÖPNV in Deutschland, Berlin 2011.

**Leupold, Bettina**, Krankenhausmärkte in Europa – Aus der Perspektive des europäischen Beihilferechts, Baden Baden 2009.

**Löwenberg, Fabian**, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa. Ein Beitrag zu Art. 16 des EG-Vertrages, Berlin 2001.

**Rock, Joachim**, Wohlfahrt im Wettbewerb: Europarecht kontra Daseinsvorsorge und soziale Dienste?, Hamburg 2010.

**Staiger, Birgit**, Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse der Kompetenzallokation, Hamburg 2009.

**Schulz-Nieswandt, Frank**, „Europäisierung“ der Sozialpolitik und der sozialen Daseinsvorsorge? – Eine kulturosoziologische Analyse der Genese einer solidarischen Rechtsgenossenschaft, Berlin 2012.

**Waldheim, Stephan**, Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip – Prinzipielle Möglichkeiten und primärrechtliche Grenzen der Liberalisierung eines integrierten europäischen Binnenmarktes für Dienstleistungen, Göttingen 2008.

***Sammelbände/Lehrbücher/Vorlesungsskripte:***

**Biondi, Andrea/Eeckhout, Piet/Flynn, James**, The Law of State Aid Law in the European Union, Oxford 2004.

**Krautscheid, Andreas**, Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischen Wettbewerb und Gemeinwohl – Eine sektorspezifische Betrachtung, Wiesbaden 2009.

**Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias**, Europarecht, 7. Auflage, Tübingen 2010.

**Lübbig, Thomas/Martin-Ehlers, Andrés**, Beihilfenrecht der EU – Das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2009.

**Lübbig, Thomas**, EU-Beihilfenrecht – Vorlesungsbegleitendes Skript, Universität Viadrina Frankfurt/Oder, Sommersemester 2012, abrufbar unter [http://www.rewi.europa.uni.de/de/lehrstuhl/or/europarecht/lehre/Sommersemester\\_2012/Skript-Luebbig.pdf](http://www.rewi.europa.uni.de/de/lehrstuhl/or/europarecht/lehre/Sommersemester_2012/Skript-Luebbig.pdf), letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Olten, Rainerd**, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, München/Wien, 2. Auflage 1998.

***Aufsätze/Beiträge in Sammelbänden:***

**Baquero Cruz, Julio**, Social Services of General Interest and the State Aid Rules, in: van de Gronden, Johan Willem/Krajewski, Markus/Neergaard, Ulla/Szyszczak, Erika (Hrsg.), Social Services of General Interest in the EU – Legal Issues of Services of General Interest, Den Haag 2013, S.287ff.

**Baton, Robin**, Social Services of general interest: the case for greater harmonisation of the competition and public procurement rules, in: European Law Review 5/2012, S.584ff.

**Bartosch, Andreas**, The more Refined Economic Approach – Still some Room for Fine-tuning?, in: EStAL 4/2007, S.587-588.

Ders., Beihilfenfreiheit der Verfolgung wettbewerbsneutraler Ziele - Gastkommentar, in: EuZW 3/2012, S.81-82.

Ders., Aktuelle letztinstanzliche Urteile zur beihilferechtlichen Stillhalteverpflichtung – mehr Schatten als Licht, in: EuZW 6/2013, S.208ff.

Ders., Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken – das Urteil in der Rechtssache Ferring/ACOSS, in: NVwZ 2002, S.174ff.

**Becker, Ulrich**, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, in: NZS 2007, 169ff.

- Biondi, Andrea/Eeckhout, Piet**, State Aid and Obstacles to Trade, in: Biondi, Andrea /Eeckhout, Piet /Flynn, James (Hrsg.), *The Law of State Aid Law in the European Union*, Oxford 2004, S.103ff.
- Bekkedal, Tarjei**, Article 106 TFEU is Dead. Long Live Article 106 TFEU, in: Szycszak Erika/Davis Jim/Adenaes, Mads/ Bekkedal, Tarjei (Hrsg.), *Developments in Services of General Interest*, Den Haag 2011, S.61ff.
- Bühner, Arnd/Sonder, Nicolas**, Die Finanzierung von Sozialdienstleistungen nach den neuen Regeln des EU-Beihilfenrechts über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („Almunia“-Paket), in: *NZS 2012*, S.688ff.
- von Bogdandy, Armin**, Stand und Entwicklungsperspektiven rechtswissenschaftlicher Konzepte zum europäischen Integrationsprozess, in: Loth Wilfried/Wessels Wolfgang, *Theorien europäischer Integration*, Opladen 2001, S.107-146.
- Coase, Ronald Harry**, The Problem of Social Cost, in: *Journal of Law and Economics*, Vol.3/1960, S.1ff.
- Coppi, Lorenzo**, SGEI Compensation in the Almunia Package. An Economics View, in: *EStAL 02/2012*, S.37ff.
- Cremer, Wolfram**, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext – Zum Verbot von Verlustausgleichszahlungen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser, in: *GesR 08/2005*, S.337ff.
- Davies, Jim/Szycszak, Erika**, Universal Service Obligation: Fulfilling New Generations of Services of General Economic Interest, in: Szycszak Erika/Davis Jim/Adenaes, Mads/ Bekkedal, Tarjei (Hrsg.), *Developments in Services of General Economic Interest*, Den Haag 2011, S.155ff.
- Donnhäuser, Christoph**, Beihilfekontrolle in kommunalen Beteiligungsunternehmen – Die Bedeutung des IDW-Prüfungsstandards 700, in: *KommP 1/2012*, S.19ff.
- Ehricke, Ulrich**, Auflagen, Bedingungen und Zusagen in Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission, in: *EWS 2006*, S.241ff.
- Fiedziuk, Natalia**, Services of general economic interest and the Treaty of Lisbon: opening doors to a whole new approach or maintaining the "status quo", in: *ELR 2011*, S.226ff.
- Gehler, Andrea**, Reform des EU-Beihilfenrechts: Überarbeitetes „Altmark“-Paket verabschiedet, in: *KommP 1/2012*, S.26ff.
- Geradin, Damien**, Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework, in: *EStAL 2/2012*, S.51ff.
- van de Gronden, Johan Willem**, Social Services of General Interest and EU Law, in: Szycszak Erika/Davis Jim/Adenaes, Mads/ Bekkedal, Tarjei (Hrsg.), *Developments in Services of General Interest*, Den Haag 2011, S.123ff.
- Häde, Ulrich**, Kommissionsentwürfe für offensichtliche Ultra-vires-Akte, in: *EuZW 2010*, S.921.
- Immenga, Ulrich**, Beihilfenkontrolle: Ein Spagat zwischen Gemeinwohl und Wettbewerbsschutz?, in: *EuZW 2011*, 729ff.
- Heinbuch, Holger/Käppel, Martin**, Das Verhältnis des Beihilfenrechts zum Vergaberecht nach dem „Alumina-Paket“ – Der Versuch einer Abgrenzung, in: *KommP 1/2012*, S.12ff.

- Heinze G. Rolf/Schneiders Katrin**, Vom Wohlfahrtskorporatismus zur Sozialwirtschaft? Zur aktuellen Situation der freien Wohlfahrtspflege in Deutschland, in: ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 02/2013, S.4ff.
- Heise, Svend**, Defizitfinanzierung zu Gunsten öffentlicher Krankenhäuser auf dem beihilfenrechtlichen Prüfstand, in: EuZW 2013, S.769ff.
- Hirsbrunner, Simon/Litzenberger, Ines**, Ein bisschen Almunia im Monti-Kroes-Paket?, in: EuZW 2011, S.742ff.
- Jennert, Carsten**, EU-Beihilfenrecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, in: KommP spezial 1/2012, S.2ff.
- Jaenichen, Sebastian/Söllner, Fritz**, Die Ausweitungstendenz der EU-Beihilfenkontrolle – Eine Kritik aus finanzwissenschaftlicher Sicht, in: Pfahler, Thomas /Thuy, Peter (Hrsg.), Wirtschaftliche Entwicklung und struktureller Wandel – Festschrift für Egon Görgens zum 65. Geburtstag, Bern 2006, S.261ff.
- Kingreen, Thorsten**, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilfenrecht, in: GesR 2006, S. 193ff.
- Kirchhof, Paul**, Gemeinnützigkeit – Erfüllung staatsähnlicher Aufgaben durch selbstlose Einkommensverwendung, in: Jachmann, Monika (Hrsg.), Gemeinnützigkeit – 27. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V., Erfurt 23. und 24. September 202, Bd. 26, Köln 2003, S.1ff.
- Knauff, Matthias**, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2010, S.725ff.
- Koenig, Christian**, Auch Quersubventionen im kommunalen Konzern stehen auf der wettbewerbsrechtlichen Agenda!, in: EWS, 1-2/2013, S.1.
- Krajewski, Markus**, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Element europäischer Sozialstaatlichkeit, in: EuR 2013 Beiheft 1, S.109ff.
- Ders.*, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, in: ZögU 02/2010, abrufbar unter <http://www.zoegu.nomos.de/?id=1588>, letzter Zugang am 18.03.2013.
- Lambertz, Karl-Heinz/Hornung, Matthieu**, State Aid Rules on Services of General Economic Interest: For the Committee of the Regions the Glass is half-full, in: EStAL 2/2012, S.329ff.
- Meyer, Dirk**, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht der Mitgliedstaaten und EU-Beihilfenkontrolle, in: EWS 2005,S.193ff.
- Mühler, Thomas**, Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs, in: EStAL 2009, S.39ff.
- Musil, Andreas**, Reformbedarf bei der wirtschaftlichen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften, in: DStR 2009, S.2453ff.
- Nowak, Carsten**, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: EuR 2009 Beiheft 1, S.129ff.
- Ohler, Christoph**, Die zweite Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes, in: ZG 2010 S.330ff.
- Pauly, Walter/Jedlitschka, Nora**, Die Reform der EU-Beihilfenregeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, in: DVBl 20/2012, S.1269ff.

- Pesaresi, Nicola/Sinnaeve, Adinda/Guigue-Koeppen, Valérie/Wiemann, Joachim/Radulescu, Madalina**, The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI) – the Commission Decision and Framework of 20 December 2011, in: Competition policy newsletter 2012-1, abrufbar unter Competition policy newsletter 2012-1, [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012\\_1\\_11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_11_en.pdf), letzter Zugang am 03.04.2013.
- Plank, René/Walch, Jessica**, State Aid Modernisation- How to make better use of EU taxpayers' money?, in: EuZW 2012, 613ff.
- Righini, Elisabetta**, The Reform of the State Aid Rules on Financing of Public Services – Paving the Way towards a Clearer, Simpler and more diversified Framework, in: EStAL 2/2012.
- Rinken, Alfred**, Die Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von sozialstaatlicher Politik und Markt, in: Mehde, Veith / Ramsauer, Ulrich /Seckelmann, Margrit(Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information – Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S.279ff.
- Riley, Alan**, The EU Reform Treaty and the Competition Protocol, Undermining EC Competition Law, in: ECLR 2007, S.703ff.
- Ross, Malcom**, A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance, in: ELR 2009, S.127ff.
- Ruge, Kay**, Kommentar zu den Auswirkungen des Protokolls über die Dienste von allgemeinem Interesse auf Daseinsvorsorge und Vergaberecht, in: WiVerw 2008/04, S.263ff.
- Schorkopf, Frank**, Das Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse und seine Auswirkungen auf das öffentliche Wettbewerbsrecht, in: WiVerw 2008/04, S.253ff.
- Sinnaeve, Adinda**, What's new in SGEI in 2012? – An Overview of the Commission's SGEI Package, in: EStAL 2/2012, S.347ff.
- Soltész, Ulrich/Wagner, Christian**, Wann werden „Altbeihilfen“ zu „Neubeihilfen“ – Anmeldepflichtige Umgestaltung bestehender Beihilfen und Verlust des Bestandsschutzes, in: EuZW 2013, S.856ff.
- Szyszczak, Erika**, Soft Law and Safe Havens, in: van de Gronden, Johan Willem/Krajewski, Markus/Neergaard, Ulla/Szyszczak, Erika (Hrsg.), Social Services of General Interest in the EU – Legal Issues of Services of General Interest, Den Haag 2013, S.318ff.
- Weiß, Wolfgang**, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, in: EuR 2011, 47ff.
- Wuermeling, Joachim**, Auswirkungen des Lissabonner Vertrages auf die Daseinsvorsorge, in: WiVerw 2008/04, S.247ff.
- Policy/Think-Tank/Lobby-Papier und andere in Auftrag gegebenen Gutachten und Stellungnahmen sowie Zeitungsbeiträge:***
- Bauby et. Others**, Mapping of the Public Services – Expert Report 2010, S.9ff., Studie des European Centre of Employers and Enterprises providing Public services (CEEP), abrufbar unter [http://www.ceep.eu/images/stories/pdf/Mapping/CEEP\\_mapping%20experts%20report.pdf](http://www.ceep.eu/images/stories/pdf/Mapping/CEEP_mapping%20experts%20report.pdf), letzter Zugang am 25.01.2013.
- Bogumil, Jörg/Pielow, Johann-Christian/Ebbinghaus, Jens/Gerber, Sascha /Kohrsmeier, Maren**, Die Gestaltung kommunaler Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt -

empirische Untersuchung zu den Auswirkungen des europäischen Beihilfe- und Vergaberechts insbesondere im Abwasser- und Krankenhaussektor sowie in der Abfallsorgung im Auftrag des Ministeriums für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf, März 2010, abrufbar unter [http://www.sowi.ruhr-uni-bochum.de/mam/images/regionalpolitik/gestaltung\\_kommunaler\\_daseinsvorsorge.pdf](http://www.sowi.ruhr-uni-bochum.de/mam/images/regionalpolitik/gestaltung_kommunaler_daseinsvorsorge.pdf), letzter Zugang, am 19.03.2013.

**CEEP**, Opinion on the Reform of EU State Aid Rules on Services of General Economic Interest, 2011 abrufbar unter <http://www.ceep.eu/images/stories/pdf/Opinions/2011/11avis18.pdf>, letzter Zugang 19.03.2013.

**Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. und das Land Nordrhein-Westfalen**, Die neuen Vorschriften des EU-Beihilferechts 2012 und ihre Auswirkungen auf die sozialen Dienste -Veranstaltung in der Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen beim Bund in Berlin am 3. Februar 2012, abrufbar unter <https://broschueren.nordrheinwestfalendirekt.de/herunterladen/der/datei/doku-eu-beihilferecht-2012-pdf/von/eu-beihilferecht-2012/vom/mais/1235>, letzter Zugang am 19.03.2013.

**Deutscher Verein**, Stellungnahme zur Mitteilung der Europäischen Kommission „Sozialinvestitionen für Wachstum und sozialen Zusammenhalt“, DV 16/13 Internationale Stabstelle, 11. Juni 2013, abrufbar unter [http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen\\_archiv/2013/DV-16-13-Sozialinvestitionen](http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen_archiv/2013/DV-16-13-Sozialinvestitionen), letzter Zugang am 29.11.2013.

**Deutscher Städtetag**, Diskussionsgrundlage für 37. Ordentliche Hauptversammlung, Frankfurt 23-25.04.2013, abrufbar unter [http://www.staedtetag.de/imperia/md/content/dst/fachinformationen/hv2013/37\\_hv\\_diskussionsgrundlage\\_forum\\_c.pdf](http://www.staedtetag.de/imperia/md/content/dst/fachinformationen/hv2013/37_hv_diskussionsgrundlage_forum_c.pdf), letzter Zugang am 09.05.2013.

**Gundel, Jörg**, Die Rahmenvorgaben des EU-Beihilferechts für die Gestaltung der bayrischen Lokalfunkfinanzierung, Rechtsgutachten der Bayerische Landeszentrale für neue Medien, Mai 2012, S.25ff., abrufbar unter [https://www.blm.de/apps/documentbase/data/pdf1/E-book\\_2.pdf](https://www.blm.de/apps/documentbase/data/pdf1/E-book_2.pdf), letzter Zugang 20.3.2013.

**Müller, Manuel**, Warum es keine europäische Zwangsprivatisierung der Wasserversorgung geben wird und die europapolitische Debatte immer so furchtbar schrill ist, Blog: Der (Europäische) Föderalist, 02/2013, abrufbar unter <http://foederalist.blogspot.de/2013/02/warum-es-keine-europaische.html>, letzter Zugang am 29.11.2013.

**Müller, Michael**, Europäische Kommission lockert Beihilferegeln, in: neue caritas 03/2012

**Kullas, Matthias/Hohmann, Iris**, Reform des Beihilfenrechts, Centrum für Europapolitik - Analyse Nr. 50/2012 vom 03.12.2012, abrufbar unter [http://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/CEP-Analysen/Beihilfenrecht/CEP-Analyse\\_COM\\_2012-209\\_Beihilfenrecht.pdf](http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/CEP-Analysen/Beihilfenrecht/CEP-Analyse_COM_2012-209_Beihilfenrecht.pdf), letzter Aufruf 14.03.2013, S.2

**Kramer, Johannes**, Kommunale Krankenhäuser sind zukunftsfähig – Ein Vergleich mit privaten Kliniken, herausgegeben vom Deutschen Städtetag sowie der Einkaufsgemeinschaft Kommunaler Krankenhäuser Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter [http://www.klinikumchemnitz.de/redaktion/upload/db\\_file/1184229293\\_717\\_20070712-kommunalekrankenhaeuser.pdf](http://www.klinikumchemnitz.de/redaktion/upload/db_file/1184229293_717_20070712-kommunalekrankenhaeuser.pdf), letzter Abruf 27.11.2013.

**Kramer, Niklas**, Debatte um EU-Richtlinien: Die JEF muss sich für die Subsidiarität stark machen, auf: www.TreffpunktEuropa.de, abrufbar unter <http://www.treffpunkteuropa.de/Debatte->

[um-EU-Richtlinien-Die-JEF-muss-sich-fur-die-Subsidiaritat,05538](#), letzter Zugang am 29.11.2013.

**Kramer, Niklas**, „Wenn die EU die Regeln für die Wasserversorgung ändern will, kann sie sich nicht auf die Interessen der Bürger berufen“ - Interview mit Hans-Joachim Reck, Präsident des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Arbeitgeber und Unternehmen in Europa, abrufbar unter <http://www.thenewfederalist.eu/Wenn-die-EU-die-Regeln-fur-die-Wasserversorgung-andern-will-kann-sie,05558>, letzter Zugang am 29.11.2013.

**Union of European Federalists**, Towards a Federal Europe, Manifesto 2014, Berlin 11/13, abrufbar unter [http://www.federalists.eu/fileadmin/files\\_uef/Congress\\_2013/Adopted\\_Resolutions/UEF\\_MANIFESTO\\_2014.pdf](http://www.federalists.eu/fileadmin/files_uef/Congress_2013/Adopted_Resolutions/UEF_MANIFESTO_2014.pdf), letzter Zugriff am 05.12.13.

**Traupel, Thorsten/Leutner, Barbara/Jennert, Carsten**, EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge/ Ein Leitfaden zur Überprüfung von Ausgleichsleistungen der Kommunen in Nordrhein-Westfalen an Betriebe und Unternehmen der Daseinsvorsorge auf Vereinbarkeit mit den EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen des sogenannten Monti-Pakets der Europäischen Kommission vom November 2005 und die Möglichkeit zur Befreiung von der Notifizierungspflicht auf der Grundlage eines Betrauungsakts, Im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen und des Deutschen Städtetages, Düsseldorf/Köln Mai 2008, abrufbar unter [http://www.wirtschaft.nrw.de/Kommunen\\_und\\_Regionen/Informationen\\_und\\_Erlasse/To\\_uristische\\_Masterplaene/\\_pdf\\_container/Leitfaden\\_Schlussfassung\\_Juni\\_2008.pdf](http://www.wirtschaft.nrw.de/Kommunen_und_Regionen/Informationen_und_Erlasse/To_uristische_Masterplaene/_pdf_container/Leitfaden_Schlussfassung_Juni_2008.pdf), letzter Zugang am 19.03.2013.

**Vereinigung kommunaler Spitzenverbände**, Stellungnahme Konsultation der Europäischen Kommission zu den Vorschriften über staatliche Beihilfen und Evaluierung des „Monti-Kroes-Pakets“, vom 09.09.2010.

#### ***Kommissions-, Regierungs- und Parlamentsdokumente:***

**Bundesrepublik Deutschland**, Mitteilung - Reform der EU-Beihilferegelungen für Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Berlin 19.10.2011, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_sgei/germany\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_sgei/germany_de.pdf), letzter Zugang 25.03.2013.

**Europaparlament**, Entschließung zu dem 18. Bericht zum Thema „Bessere Rechtsetzung“ – Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit - 13.09.2012, I-NI2011/2276, ABl. 353E/117, 3.12.13, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:353E:0117:0122:DE:PDF>, letzter Zugriff 05.12.13

**Europäische Kommission**, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 20.11.2007 – Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005, SEK(2007)1516 endgültig., abrufbar unter [http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.voeb.de%2Fdownload%2Fnovember\\_2007\\_3&ei=Ek2wUsntAoictQaP-riCwDQ&usq=AFQjCNEaxWiQFpKRFVvBOQCujZaRE6TNMg&bvm=bv.57967247.d.Yms&cad=rja](http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.voeb.de%2Fdownload%2Fnovember_2007_3&ei=Ek2wUsntAoictQaP-riCwDQ&usq=AFQjCNEaxWiQFpKRFVvBOQCujZaRE6TNMg&bvm=bv.57967247.d.Yms&cad=rja), letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Europäische Kommission**, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen, Non-Papier vom 12.11.2002, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/archive\\_docs/1759\\_sieg\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/archive_docs/1759_sieg_de.pdf), letzter Zugang am 25.02.2013.

**Europäische Kommission**, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinen Interesse, KOM(2003) 270 endgültig., abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2003/com2003\\_0270de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2003/com2003_0270de01.pdf), letzter Zugriff am 14.03.2013

**Europäische Kommission**, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010), 1545 endg., Rn. 2.2., abrufbar unter [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/docs/guide\\_eu\\_rules\\_procurement\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/guide_eu_rules_procurement_de.pdf), letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Europäische Kommission**, Mitteilung über die Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, KOM [2012] 209 endg., abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0209:FIN:DE:PDF>, letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Europäische Kommission**, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest – Commission Staff Working Document, SWD (2013) 53 final, Brüssel 15.2.2013, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/new\\_guide\\_eu\\_rules\\_procurement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf), letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Almunia, Joaquín /Europäische Kommission**, Rede vor dem Europa-Kolleg, Präsentation der DAWI-Reform, SPEECH/11/618, 30. September 2011, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-11-618\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-618_en.htm), letzter Zugang 14.03.2013.

**Europäische Kommission**, Weißpapier zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0374:FIN:DE:PDF>, letzter Zugriff am 14.03.2013

**Europäische Kommission**, Arbeitspapier über die Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation 3.9.1. Brüssel, den 23.03.2011 SEC(2011) 397, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/sgei\\_report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei_report_de.pdf), letzter Zugriff am 14.03.2013

**Europäische Kommission**, 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, Brüssel 23.3.2011, KOM(2011) 146 endgültig., abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/sgei\\_communication\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei_communication_de.pdf), letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Europäische Kommission**, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2011, KOM (2012) 253 endgültig vom 30.05.2012., abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0253:FIN:DE:PDF>, letzter Zugriff am 14.03.2013.

**Europäische Kommission**, Aktionsplan staatliche Beihilfen, KOM (2005) 107 endgültig vom 07.06.2005., abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:de:PDF>, letzter Zugriff am 14.03.2013.