

# C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit

## Europäisches Beihilferecht Das Monti-Paket und kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge

Verfasser: Peter Latz

Inhaltsübersicht	Seite
<b>1. Einführung</b>	17
<b>2. Das Monti-Paket</b>	17
2.1 Europarechtliche Grundlagen	17
2.2 Inhalt des Monti-Pakets	18
<b>3. Die Freistellungsentscheidung</b>	19
3.1 Geltungsbereich	19
3.2 Öffentlicher Auftrag (Betrauungsakt)	20
3.2.1 Form	20
3.2.2 Inhalt	21
3.2.2.1 Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung	21
3.2.2.2 Beauftragtes Unternehmen und geografischer Geltungsbereich	22
3.2.2.3 Art und Dauer der gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte	23
3.2.2.4 Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen	23
3.2.2.5 Vorkehrungen gegen Überkompensierung und für die Rückzahlung einer Überkompensierung	26

	Seite
3.3 Aufbewahrung von Unterlagen	27
3.4 Rechtsfolgen von Verstößen	28
<b>4. Fazit</b>	<b>28</b>
<b>Anlagen</b>	<b>29</b>

## 1. Einführung

Die Erfüllung von Leistungen der Daseinsvorsorge für die Bürger gehört zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Die Finanzierung und Erbringung der Daseinsvorsorgeleistungen wird allerdings immer mehr vom EU-Wettbewerbsrecht bestimmt. Auch wenn diese Wettbewerbsvorschriften bis in die Ursprünge des europäischen Einigungsprozesses zurückreichen, so hat sich doch die Bereitschaft der EU-Organe, diesen Regelungen Geltung zu verschaffen, befeuert durch die Dynamik des europäischen Binnenmarkts in den letzten Jahren enorm erhöht. Ausgehend von der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Altmark<sup>1</sup> hat die Kommission mit dem am 29.11.2005 veröffentlichten Monti-Paket den durch den EG-Vertrag vorgegebenen rechtlichen Rahmen für die Gewährung von Zuwendungen an Unternehmen, die mit der Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ausgefüllt. Das Konzept der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) kann zwar nicht mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ gleichgesetzt werden; er geht jedoch in dieselbe Richtung. Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse werden in Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrags (EGV) verwendet. Der Begriff ist weder im Vertrag noch im abgeleiteten Recht näher bestimmt. Es herrscht jedoch weitgehend Übereinstimmung dahin gehend, dass er sich auf wirtschaftliche Tätigkeiten bezieht, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind.

Die einzelnen Regelungen des Monti-Pakets sind in vielen Punkten interpretationsbedürftig und haben nach unseren Erfahrungen die Kommunen bei der Erbringung ihrer Daseinsvorsorgeleistungen verunsichert. Allgemeine Hilfestellung bietet den Kommunen bisher die Bekanntmachung des Staatsministeriums des Innern vom 02.08.2006<sup>2</sup>. Dieser Beitrag versucht eine weitere Unterstützung für die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in der Praxis zu geben.

## 2. Das Monti-Paket

### 2.1 Europarechtliche Grundlagen

Nach Art. 87 Abs. 1 EGV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Verfahrensrechtlich abgesichert ist dieses Verbot durch die sog. Notifizierungspflicht und ein Verbot, die beabsichtigte Maßnahme vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission durchzuführen (Art. 88 Abs. 3 EGV). Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV insbesondere die Wettbewerbsregeln und das Beihilfenverbot nicht uneingeschränkt. Gemeinschaftsrechtlich ist die Notwendigkeit anerkannt, dass die öffentliche Hand die besonderen Kosten einer von öffentlichen oder privaten Unternehmen erfüllten Gemeinwohlverpflichtung ganz oder teilweise trägt, wenn die gemeinwohlbezogene Aufgabe nicht mehr zu tragbaren und wirtschaftlich ausgewo-

---

<sup>1</sup> Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00

<sup>2</sup> AllMBI S. 302 ff.

genen Bedingungen erfüllt werden kann.<sup>3</sup> Allerdings darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV).

## 2.2 Inhalt des Monti-Pakets

Diesen rechtlichen Rahmen hat die Kommission mit dem am 29.11.2005 veröffentlichten Maßnahmenpaket (Monti-Paket) ausgefüllt:

- Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (2005/842/EG, ABl. 2005 L 312, S. 67; **Freistellungsentscheidung**) - **Anlage 1** (Auszug)
- Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. 2005 C 297, S. 4; **Gemeinschaftsrahmen**)
- Richtlinie 2005/81/EG der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (ABl. 2005 L 312, S. 47; **Änderung der Transparenzrichtlinie**)

Freistellungsentscheidung und Gemeinschaftsrahmen sind nahezu inhaltsgleich, indem ihre Anwendung von vergleichbaren Voraussetzungen abhängt. Beide Vorschriften finden grundsätzlich keine Anwendung auf den Verkehrssektor, da für diesen Bereich auf der Grundlage des Art. 73 EGV besondere Vorschriften den Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse regeln<sup>4</sup>. Unterschiedlich sind allerdings die an diese Regelungen anknüpfenden Rechtsfolgen. Staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden und die Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung erfüllen, sind mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EGV freigestellt (Art. 3 der Freistellungsentscheidung). Beihilfen, die nicht in den Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung fallen, müssen hingegen weiterhin vorab notifiziert werden. Der Gemeinschaftsrahmen stellt klar, welche Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können und bindet insoweit die Kommission bei ihrer Entscheidung.

Wegen der vergleichbaren Voraussetzungen und der größeren Praxisrelevanz der Freistellungsentscheidung konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Erläuterung dieser Entscheidung.

---

<sup>3</sup> vgl. Götz/Martinez-Soria in Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Stand Oktober 2007, H.III. RdNr. 106,

<sup>4</sup> etwas anderes gilt für den Bereich des Luft- und Seeverkehrs, vgl. Erwägungspunkt 18 der Freistellungsentscheidung

### 3. Die Freistellungsentscheidung

#### 3.1 Geltungsbereich

Die Freistellungsentscheidung setzt zunächst eine staatliche Beihilfe<sup>5</sup> voraus, die Unternehmen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV gewährt werden. An dieser Stelle können die einzelnen Voraussetzungen des europarechtlichen Beihilfebegriffs nicht vertieft werden, ohne den Rahmen dieses Beitrags zu sprengen.<sup>6</sup> Die Kommission hat in der Vergangenheit zwar hervorgehoben, dass sich bei vielen Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge wegen ihres lokalen Charakters ein Binnenmarktbezug und damit eine potentielle Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten weder auf der Angebots- noch auf der Nachfrageseite feststellen lassen wird.<sup>7</sup> Dies hat zur Folge, dass solche Beihilfen bisher tendenziell eher als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar einzustufen sind. Beispielhaft erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung der Kommission zum Schwimmbad Dorsten<sup>8</sup>. Allerdings ist die Binnenmarktentwicklung dynamisch und daher Veränderungen unterworfen. Rechtssicher wird sich ein fehlender Binnenmarktbezug daher immer seltener feststellen lassen. Die Frage, ob eine Zuwendung unter den Beihilfebegriff fällt, ist daher von den Kommunen im jeweiligen Einzelfall genau und gegebenenfalls in regelmäßigen Abständen zu prüfen.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und dazu mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind, denen ein Unternehmen aus eigenem wirtschaftlichen Interesse nicht nachkommen würde. Dieser Begriff ist gemeinschaftsrechtlich nicht definiert und von den Mitgliedsstaaten auszufüllen. Die Kommunen haben einen weiten Ermessensspielraum, was die Finanzierung, bürgernahe Erbringung und Organisation der Daseinsvorsorgeleistungen betrifft. Sie müssen dabei aber die grundsätzlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts beachten. Beispielhaft als eine solche Dienstleistung zu nennen wären eine flächendeckende und gleichmäßige Versorgung, sozialverträgliche Preise und eine besondere Versorgungsqualität.

Die Freistellungsentscheidung begrenzt den Anwendungsbereich durch zwei quantitative Obergrenzen (Art. 2 Abs. 1) und macht einen nach bestimmten Kriterien ausgestalteten Betrauungsakt notwendig (siehe Abschnitt 3.2).

Es fallen nur Unternehmen unter die Regelung, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer gemeinwohlbezogenen Dienstleistung vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio € betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio € für die erbrachte Dienstleistung erhalten. Für die Ermittlung der Obergrenze von 30 Mio € kann der Jahresdurchschnitt der während der Laufzeit des Vertrages oder ersatzweise während eines Zeitraums von fünf Jahren gewährten Ausgleichszahlungen herangezogen werden. Für Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die nach nationalem Recht als Dienstleistung

---

<sup>5</sup> Damit sind auch finanzielle Unterstützungen durch Kommunen erfasst.

<sup>6</sup> Eine genauere Darstellung enthält der Geschäftsbericht 2000, S. 18 ff. von Dr. Dorothea Seckler, Die EU-Kontrolle der „Staatlichen Beihilfen“ aus kommunaler Sicht.

<sup>7</sup> Kommissionsmitteilung Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Kom (2000) 580 vom 20.09.2000

<sup>8</sup> Kom 12.01.2001 N 258/00

von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft werden, gelten diese Schwellenwerte nicht.

## 3.2 Öffentlicher Auftrag (Betrauungsakt)

### 3.2.1 Form

Der Betrauungsakt ist eine Kernvoraussetzung der Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen mit dem europäischen Binnenmarkt. Die gemeinwohlbezogene Dienstleistung muss einem Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte übertragen worden sein (Art. 4 Satz 1 der Freistellungsentscheidung). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein kommunales, kommunal beherrschtes oder sonstiges Unternehmen handelt.<sup>9</sup> Wichtig ist, dass der Betrauungsakt die gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen ausdrücklich, klar und verbindlich definiert und das betraute Unternehmen festlegt. Der Betrauungsakt muss die Verpflichtung des Unternehmens beinhalten, bestimmte gemeinwohlbezogene Dienstleistungen zu erbringen. Es genügt nicht, einem Unternehmen zu erlauben, bestimmte Tätigkeiten ausführen zu dürfen. Der verbindliche Betrauungsakt kann sich dabei aus verschiedenen, aufeinander abgestimmten Rechtsakten zusammensetzen. Deren Form kann von den Mitgliedsstaaten frei gewählt werden (Art. 4 Satz 2). Insoweit steht den Kommunen ein weites Ermessen zu. Welche Form des Betrauungsaktes eine Kommune am zweckmäßigsten wählt, kann nicht allgemein beantwortet werden. Dies hängt vielmehr von verschiedenen Faktoren ab, wie z. B. der Rechtsform des zu beauftragenden Unternehmens, der Art der Tätigkeit, den bereits vorhandenen Grundlagen und sonstigen rechtlichen Vorgaben (z. B. Steuerrecht, Vergaberecht). Wie unten zum Inhalt des Betrauungsakts noch näher ausgeführt wird, hat der Betrauungsakt unternehmens- (beauftragtes Unternehmen, geografischer Geltungsbereich und gegebenenfalls Art und Dauer besonderer oder ausschließlicher Rechte) und tätigkeitsbezogene Elemente (Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlung, Vorkehrungen gegen Überkompensation) zu enthalten. Während die tätigkeitsbezogenen Bestandteile des Betrauungsakts in der Regel flexibler gehandhabt werden müssen und häufigeren Änderungen unterworfen sein werden, ist dies bei den unternehmensbezogenen Merkmalen seltener der Fall. Für sie kann zudem bei kommunalen Unternehmen an die bereits in Satzungen oder Gesellschaftsverträgen vorhandenen Grundlagen des kommunalen Unternehmensrechts (vgl. die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 GO) angeknüpft werden. Es kann daher zweckmäßig sein, die sich häufiger ändernden Bestandteile des Betrauungsakts in einer Einzelregelung (z. B. einem jährlichen Zuwendungsbescheid) festzulegen und die übrigen Elemente in der Unternehmenssatzung oder dem Gesellschaftsvertrag zu fixieren. Aus Gründen der Übersichtlichkeit können die in verschiedenen Rechtsakten enthaltenen Elemente in einem Dokument zusammengefasst dargestellt werden.

Beispiel:

Eine Kommune betreibt ein defizitäres, kombiniertes Freizeit-/Sportbad, das auch Besucher aus dem benachbarten EU-Ausland anzieht, in der Form eines Kommunalunternehmens. Das beauftragte Kommunalunternehmen und der geografische Tätigkeitsbereich können in der Unternehmenssatzung geregelt werden. Die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichszahlung, die Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung (z. B. Verpflichtung sozialverträgliche Eintrittspreise zu bieten und kostenloses Schul- und Vereinschwimmen zu ermöglichen) sowie die Vorkehrungen gegen Überkompensation könnten

---

<sup>9</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich wegen der größeren Praxisrelevanz nur auf kommunale Unternehmen.

grundsätzlich vertraglich vereinbart werden. Allerdings ist bei der Ausgestaltung des Verlustausgleichs darauf zu achten, dass die Zahlungen echte Zuschüsse im Sinne des Abschnitts 150 Abs. 7 UStR 2008 darstellen und nicht aufgrund eines Leistungsaustauschverhältnisses gewährt werden. In letzterem Fall würden die Verlustausgleichszahlungen der Umsatzsteuer unterliegen.

Würde es sich um einen Eigenbetrieb handeln, wäre mangels eigener Rechtspersönlichkeit des Eigenbetriebs insoweit keine vertragliche Regelung möglich. Um die Betriebssatzung nicht zu überfrachten, wäre dann eine verbindliche interne Richtlinie der Kommune denkbar.

### 3.2.2 Inhalt

Nach Art. 4 Satz 3 der Freistellungsentscheidung muss aus dem Betrauungsakt (bzw. aus den einzelnen Rechtsakten) unter anderem Folgendes hervorgehen:

- Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen
- das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich
- Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte
- die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen
- die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden

Diese Punkte sind durch die Aufzählung in der Freistellungsentscheidung besonders hervorgehoben. Gleichzeitig wird aber klargestellt, dass daneben noch weitere Elemente im Betrauungsakt enthalten sein müssen („unter anderem“). Die weiteren Regelungen der Freistellungsentscheidung (z. B. zur Ausgleichszahlung in Art. 5 und zur Vermeidung der Überkompensierung in Art. 6) konkretisieren diese Hauptregelungspunkte und ergänzen daher den Betrauungsakt. Die Freistellungsentscheidung wirkt dadurch unübersichtlich und in der Praxis schwer zu handhaben. Eine Zusammenfassung der einzelnen Elemente des Betrauungsakts ist deshalb dem Beitrag als **Anlage 2** beigefügt. Für die Notifizierungsfreiheit müssen die einzelnen Voraussetzungen im Betrauungsakt festgelegt sein, bevor die gemeinwohlbezogene Dienstleistung erbracht wird. Eine nachträgliche Fixierung ist ausgeschlossen. Die Kommunen haben daher zu überprüfen, inwieweit Betrauungsakte im Sinn der Freistellungsentscheidung bereits vorliegen, vorzunehmen oder zu ergänzen sind. Im Einzelnen ist zu beachten:

#### 3.2.2.1 Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung

Der Betrauungsakt muss die jeweils übertragenen, näher definierten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erfassen. Die genaue Definition dient später der sachgerechten Zuordnung von Kosten und Erlösen der gemeinwohlbezogenen Dienstleistung und

damit der Bestimmung des auszugleichenden Defizits. Nach Auffassung der Kommission<sup>10</sup> muss der Betrauungsakt nicht jede einzelne Tätigkeit im Zusammenhang mit der Erbringung der gemeinwohlbezogenen Dienstleistung bestimmen. Sie akzeptiert auch weite Definitionen, solange die Leistung von anderen gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen oder sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten klar abgegrenzt und die Art der Tätigkeit beurteilbar ist. Im Zweifel gilt auch hier, dass eine Tätigkeit umso sicherer unter die Freistellungsentscheidung fällt, je genauer die Gemeinwohlverpflichtung definiert ist. Der Betrauungsakt bezieht sich nicht auf ein Unternehmen als solches, sondern nur auf die näher festgelegten gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen. Diese können auch nur einen Teil der Unternehmenstätigkeit erfassen, wenn daneben noch sonstige wirtschaftliche Tätigkeiten angeboten werden. Dies ist bei Kommunen häufig bei sog. Annexstätigkeiten zur Auslastung von Anlagen der Fall (z. B. bei der thermischen Behandlung von Fremdmüll). Ist das Unternehmen mit mehreren unterschiedlichen gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen beauftragt, muss dies in einem oder mehreren Betrauungsakten zum Ausdruck kommen.

Beispiel:

In dem Freizeit-/Sportbad betreibt die Kommune auch Gastronomie und Gesundheitsanwendungen zu Marktpreisen, die zusätzlich zum Entgelt für den Eintritt in das Schwimmbad verlangt werden. Insoweit liegen keine gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen vor. Das Unternehmen ist mit verschiedenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragt (sozialverträgliche Preise, unentgeltliches Schul- und Vereinsschwimmen). Diese unterschiedlichen Dienstleistungen sind im Betrauungsakt zu definieren. Eine allgemeine Definition der Betrauung mit „allen mit dem Badebetrieb zusammenhängenden Aufgaben“ würde nicht genügen.

Ändern sich die gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen, muss auch der Betrauungsakt angepasst werden. Im Betrauungsakt ist auch die Dauer der Gemeinwohlverpflichtung festzulegen. Zur umsatzsteuerlichen Problematik vgl. das Beispiel in Abschnitt 3.2.1.

### 3.2.2.2 Beauftragtes Unternehmen und geografischer Geltungsbereich

Im Betrauungsakt muss das beauftragte Unternehmen individualisiert und der geografische Geltungsbereich angegeben werden. Was genau unter dem geografischen Geltungsbereich zu verstehen ist, ist unklar (durch die Nachfrage bestimmter Wirkungsbereich der gesamten unternehmerischen Tätigkeit oder der konkreten Daseinsvorsorgeleistung? Festlegung des Leistungsorts, an dem die Leistung erbracht wird?). Bis auf weiteres gehen wir davon aus, dass die räumliche Begrenzung des Leistungsorts gemeint ist. Dies stimmt mit der Auslegung von Art. 87 Abs. 2 GO überein. Gemeindegebietsüberschreitende Tätigkeiten liegen danach nur vor, wenn das Unternehmen Leistungen außerhalb des Gemeindegebiets bewirkt.<sup>11</sup> Das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich werden daher in aller Regel durch die Unternehmenssatzung bzw. den Gesellschaftsvertrag schon jetzt hinreichend bestimmt sein.

---

<sup>10</sup> SEK (2007) 1516, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, und des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, vom 20.11.2007, S. 22, Gliederungspunkt 5.3, und S. 23, Gliederungspunkt 5.4.  
Das Dokument ist unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/legislation/faq\\_sieg\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/faq_sieg_de.pdf) aufrufbar.

<sup>11</sup> Schulz/Wachsmuth/Zwick u. a., Kommunalverfassungsrecht Bayern, Stand Dezember 2007, Erl. 4.1 zu Art. 87 GO



### 3.2.2.3 Art und Dauer der gegebenenfalls gewährten ausschließlichen bzw. besonderen Rechte

Werden einem Unternehmen zur Erfüllung gemeinwohlbezogener Dienstleistungen besondere oder ausschließliche Rechte übertragen (z. B. das ausschließliche Recht zur Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen), ist dies im Betrauungsakt niederzulegen. Dies zwingt die Kommune zu einer exakten Definition des jeweiligen Übertragungsumfangs und soll der Kommission die Kontrolle über die Einhaltung der Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung erleichtern.

### 3.2.2.4 Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen

Ein besonders wichtiges Element des Betrauungsakts sind die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen der Kommune für das mit gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen betraute Unternehmen. Diese sind vor Erbringung der Dienstleistung objektiv und transparent festzulegen. Regelungen, wie sie etwa das Eigenbetriebsrecht (§ 8 Abs. 2 EBV) über den nach einem bestimmten Zeitraum zu leistenden nachträglichen Ausgleich des Defizits von Eigenbetrieben durch deren Träger enthält, genügen (allein) den Anforderungen der Freistellungsentscheidung nicht. Es ist vielmehr vor der Leistungserbringung in transparenter Weise sicherzustellen, dass der Ausgleich nicht zu einer Überkompensation führt und dass er sich nur auf Kosten bezieht, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zurechenbar sind.

Zunächst ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang für ein Unternehmen ein Zuschuss und damit eine Freistellung von der grundsätzlichen Notifizierungspflicht notwendig ist. Dies erfordert eine Prognose der zu erwartenden Kosten und Einnahmen. Voraussetzung für eine nähere Betrachtung ist allerdings, dass die Unterstützungsleistung für die Erfüllung einer Gemeinwohlverpflichtung überhaupt notwendig ist, diese also ohne die Förderung tatsächlich nicht möglich ist.<sup>12</sup> Wird ein Zuschussbedarf angenommen, ist die Grundlage, auf der der (voraussichtliche) Zuschussbedarf berechnet wird, als Parameter im Betrauungsakt zu fixieren und klar zu definieren.

Beispiel:

Der voraussichtliche Zuschussbedarf des oben dargestellten Freizeit-/Sportbades für die gemeinwohlbezogene Dienstleistung der sozialverträglichen Eintrittspreise kann ausgehend von einer geschätzten Besucherzahl auf der Grundlage der zu erwartenden ungedeckten Kosten pro Besucher und Jahr berechnet und als Parameter im Betrauungsakt festgelegt werden. Für das Schul- und Vereinsschwimmen als weitere Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind ebenfalls entsprechende Parameter aufzustellen. Sollte einem Unternehmen ausnahmsweise die Einhaltung eines fixen Budgets möglich sein, ist dieses mit der Berechnungsgrundlage als Parameter festzulegen.

Diese regelmäßig vorzunehmende Prognose ist häufig mit Unsicherheiten behaftet. Es können sich unvorhersehbare Änderungen auf der Kosten- wie auf der Einnahmenseite ergeben, die im Laufe der Erfüllung der gemeinwohlbezogenen Dienstleistung zu einem höheren Defizit und einem höheren Kompensationsbetrag der Kommune führen können. Ist dieser in der tatsächlichen Wirtschaftsführung entstandene Defizitbetrag von dem Zuschussbetrag im Betrauungsakt

---

<sup>12</sup> vgl. Walter Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, 1. Auflage, 2007, RdNr. 1192

nicht (vollständig) gedeckt, ist nicht ohne weiteres ein zusätzlicher, nachträglicher Defizit ausgleich möglich. Die Definition eines nachträglichen Korrekturmechanismus im Betrauungsakt oder eine Anpassung und Aktualisierung des Betrauungsakts während des laufenden Wirtschaftsjahres kann nach Auffassung der Kommission einen Lösungsweg für die Fälle darstellen, in denen das geschätzte vom tatsächlichen Defizit abweicht.<sup>13</sup>

Die Kalkulation des Zuschussbedarfs hängt entscheidend von der Definition der einzustellenden Kosten und Einnahmen ab. Dabei sind die inhaltlichen Vorgaben und Konkretisierungen zur Berechnung der Höhe der Ausgleichszahlung in Art. 5 der Freistellungsentscheidung zu berücksichtigen. Die Ausgleichszahlung darf dabei nur die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite decken (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 der Freistellungsentscheidung). Der Ausgleich darf nur für das Funktionieren der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung, nicht für sonstige Bereiche verwendet werden (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 der Freistellungsentscheidung).

Beispiel:

Der Zuschuss für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse des Sport-/Freizeitbades darf daher nicht zur Deckung der Kosten der Gastronomie und der Gesundheitsanwendungen verwendet werden.

Als Ausgleichszahlung gelten dabei alle von der Kommune oder aus sonstigen öffentlichen Mitteln gewährten Vorteile jedweder Art (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 der Freistellungsentscheidung). Es sind daher nicht nur Zuschüsse, sondern auch sonstige finanzielle Vorteile wie z. B. verbilligte Grundstücksüberlassungen oder ein Preisnachlass auf die Tarife der Wasserlieferung zu berücksichtigen. Die Kommunen bestimmen aber selbst, in welchen zeitlichen Abständen sie Kompensationsleistungen vornehmen wollen.

Die Einnahmen und Ausgaben der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und die der sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit sind in den Büchern getrennt auszuweisen (Art. 5 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 1 der Freistellungsentscheidung). In welcher Form die Bücher zu trennen sind, geht aus der Freistellungsentscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen nicht hervor. Aus unserer Sicht erfüllt eine getrennte Kostenrechnung (z. B. Erfolgsübersicht nach § 22 Abs. 3 EBV, die gegebenenfalls noch weiter nach den einzelnen Tätigkeiten differenziert werden muss) die Anforderungen. Der Schlüssel, nach dem die Ausgaben und Einnahmen dem jeweiligen Bereich zugeordnet werden, ist im Betrauungsakt festzulegen (Art. 5 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 2 der Freistellungsentscheidung). Um die spezifischen Kosten der jeweiligen gemeinwohlbezogenen Dienstleistung identifizieren zu können, sind getrennte Kostenrechnungen auch zwischen unterschiedlichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (vgl. Gliederungspunkt 19 des Gemeinschaftsrahmens) und sogar nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten<sup>14</sup> erforderlich.

---

<sup>13</sup> vgl. SEK (2007) 1516, a. a. O., S. 26, Gliederungspunkt 6.2

<sup>14</sup> Nach SEK (2007) 1516, a. a. O., S. 27, Gliederungspunkt 6.5, besteht bei nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten zwar keine rechtliche Verpflichtung zur getrennten Buchführung, allerdings eine praktische Notwendigkeit, da andernfalls der Ausgleichsbedarf für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht festgestellt werden kann.

Beispiel:

Die Kosten und Einnahmen der einzelnen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der sonstigen wirtschaftlichen Bereiche Gastronomiebetrieb und Gesundheitsanwendungen sind gesondert zu erfassen. Für die Gemeinkosten und die Kosten der gemeinsam genutzten Anlagen sind Schlüssel festzulegen, nach denen die Kosten angemessen auf die jeweiligen Bereiche verteilt werden (z. B. nach dem Verhältnis der Flächenanteile der genutzten Räume). Auch für die Einnahmen können entsprechende Schlüssel erforderlich sein (z. B. Zuordnung der Zinserträge der Rücklagen des Unternehmens, die z. B. nach dem Verhältnis des Umsatzes der Dienstleistungen vorgenommen werden kann).

Die Grundlagen der Ermittlung der zu berücksichtigenden Kosten, Einnahmen und der angenommenen Rendite sind im Betrauungsakt festzulegen. Dabei umfassen die zu berücksichtigenden Kosten sämtliche mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verbundenen Ausgaben. Im Unterschied zu dem im Altmark-Urteil aufgestellten vierten Kriterium kommt es in der Freistellungsentscheidung nicht darauf an, ob diese Kosten im Rahmen effizienter Arbeitsweise entstanden sind.<sup>15</sup> Maßgeblich ist allein, dass diese Kosten tatsächlich entstanden sind. Ihre Berechnung hat anhand allgemein anerkannter Rechnungslegungsgrundsätze zu erfolgen (Art. 5 Abs. 2 der Freistellungsentscheidung). Für die Berechnung der Kosten hat die Kommission in der Freistellungsentscheidung Regeln aufgestellt (Art. 5 Abs. 2 Satz 3 lit. a - d der Freistellungsentscheidung):

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

Die von der Kommune ergänzend der Kostenermittlung zugrunde zu legenden anerkannten Rechnungslegungsgrundsätze sind im Betrauungsakt zu dokumentieren. Es empfiehlt sich für die unterschiedlichen kommunalen Unternehmen, die gemeinwirtschaftliche Leistungen erbringen, einheitliche Grundsätze festzulegen. Denkbar wäre es beispielsweise, auf die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten zurückzugreifen (LSP; Anlage zur Verordnung PR 30/53 vom 21.11.1953) und einen entsprechenden Hinweis in den jeweiligen Betrauungsakt aufzunehmen.

---

<sup>15</sup> Art. 95 Abs. 1 GO bleibt hiervon unberührt, wonach kommunale Unternehmen unter Beachtung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu führen bzw. zu steuern und zu überwachen sind.

Die mit sonstigen Tätigkeiten verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den gemeinsamen Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken (Art. 5 Abs. 5 UAbs. 2 der Freistellungsentscheidung).

Auf der Einnahmenseite sind sämtliche mit der gemeinwohlbezogenen Dienstleistung erwirtschafteten Erträge anzusetzen (Art. 5 Abs. 3 der Freistellungsentscheidung). Gewinne aus einer Tätigkeit, für die ausschließliche oder besondere Rechte gewährt wurden, die mit einer gemeinwohlbezogenen Dienstleistung zusammenhängen, und die über der angemessenen Rendite liegen, müssen den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Kommunen können auch festlegen, dass Gewinne aus sonstigen Tätigkeiten zur Finanzierung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herangezogen werden müssen.

Beispiel:

Die Kommune kann im Betrauungsakt festlegen, dass Gewinne aus dem Gastronomiebetrieb und den Gesundheitsanwendungen als Erlöse defizitmindernd bei den gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen zu berücksichtigen sind.

Bei der Berechnung der Ausgleichszahlung darf auch eine angemessene Rendite berücksichtigt werden. Darunter ist eine angemessene Vergütung des eingesetzten Eigenkapitals unter Berücksichtigung des eingegangenen bzw. fehlenden Risikos zu verstehen. Die Rendite ist ebenfalls im Betrauungsakt zu fixieren. Inhaltlich ergeben sich insoweit zu den kommunalrechtlichen Vorschriften (z. B. § 8 Abs. 1 EBV) keine Unterschiede.

Diese Vorgaben der Freistellungsentscheidung stellen zusätzliche Anforderungen zu den kommunalrechtlichen Vorschriften auf, die umgesetzt werden müssen. Es ist nicht ausreichend, den Gesamtbetrag der vorgesehenen Zuwendungen an ein kommunales Unternehmen allein im Haushaltsplan der Kommune und entsprechend im Wirtschaftsplan des kommunalen Unternehmens bzw. in der jeweiligen mittelfristigen Finanzplanung auszuweisen. Allerdings kann bei der Gestaltung des Betrauungsakts auf die Vorarbeiten für die Erstellung der Planung aufgebaut werden. Wirtschaftsplan und Finanzplanung wären nach den einzelnen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sowie sonstigen Tätigkeiten zu gliedern.

### 3.2.2.5 Vorkehrungen gegen Überkompensierung und für die Rückzahlung einer Überkompensierung

Vorkehrungen gegen Überkompensierungen sind durch die Festlegung geeigneter Kontrollmechanismen zu treffen und im Betrauungsakt zu fixieren. Gleiches gilt für die Vorkehrungen für die Rückzahlung überhöhter Ausgleichszahlungen. Inhaltliche Konkretisierungen hierzu enthält Art. 6 der Freistellungsentscheidung. Danach führen die Mitgliedsstaaten in regelmäßigen Abständen Kontrollen durch oder veranlassen regelmäßige Kontrollen, um sicherzustellen, dass die Unternehmen keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über das durch die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse veranlasste Defizit hinausgehen. Zwar sieht die Freistellungsentscheidung nicht ausdrücklich einen festen Zeitpunkt vor, nach dem eine Überkompensation zu prüfen ist. Man wird aber davon ausgehen können, dass nach Abschluss des Wirtschaftsjahres des begünstigten Unternehmens die konkreten Kosten und Einnahmen der entsprechenden Dienstleistung nachkalkulatorisch zu ermitteln sind, wenn zuvor nur eine Prognose möglich war. Dies folgt aus der jährlichen Obergrenze der zulässigen Ausgleichszahlung (Art. 2 Abs. 1 lit. a der Freistellungsentscheidung) und dem tolerablen Überkompensationsbetrag von 10 % des jährlichen Ausgleichsbetrags (vgl. unten). Insbesondere bei Eigenellschaften und der Beauftragung Dritter mit einer gemeinwirtschaftlichen Leistung ist eine

enge Anbindung an die Kommune sicherzustellen. Zur Kontrolle kommen eigens mit dieser Aufgabe betraute Organisationseinheiten der Kommune, die Rechtsaufsicht sowie gegebenenfalls die Organe der örtlichen und überörtlichen Rechnungsprüfung in Betracht. Im Betrauungsakt können beispielsweise besondere Prüfungsrechte für die Rechnungsprüfungsorgane vorgesehen werden. Weiterhin erleichtern regelmäßige und anlassbezogene Pflichten des Unternehmens, an die Kommune anhand der Parameter des Art. 5 der Freistellungsentscheidung zu berichten, die Kontrolltätigkeit. Schließlich können die Aufträge zur Abschlussprüfung kommunaler Unternehmen um die Prüfung des Vorliegens einer Überkompensation erweitert werden.

Im Betrauungsakt sind auch Regelungen zur erleichterten Durchsetzbarkeit von eventuellen Rückzahlungsansprüchen festzulegen. Denkbar wären Anerkenniserklärungen des begünstigten Unternehmens hinsichtlich des Ergebnisses einer gemeinsamen oder durch einen Dritten vorgenommenen Abrechnung, Verpflichtungen zur Rückzahlung für den Fall der Überkompensation und die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung.

Im Falle der Überkompensation hat die Kommune das Unternehmen zur Rückzahlung überhöhter Ausgleichszahlungen aufzufordern und die Parameter für deren künftige Berechnung zu aktualisieren (Art. 6 Abs. 2 der Freistellungsentscheidung). Allerdings darf ein Überkompensierungsbetrag von maximal 10 % der jährlichen Ausgleichssumme auf die nächstfolgende Ausgleichsperiode angerechnet werden.

Im Bereich des sozialen Wohnungsbaus gelten modifizierte Vorschriften. Dort müssen die Kontrollen alle betreffenden Unternehmen erfassen. Überhöhte Ausgleichszahlungen können in Höhe von bis zu 20 % der jährlichen Ausgleichssumme auf die nächste Ausgleichsperiode angerechnet werden (Art. 6 Abs. 3 der Freistellungsentscheidung).

### **3.3 Aufbewahrung von Unterlagen**

Unterlagen, aus denen sich feststellen lässt, ob die beihilferechtlichen Vorgaben eingehalten sind, müssen mindestens zehn Jahre vorgehalten werden. Solche Unterlagen sind insbesondere Haushaltspläne, Jahresrechnungen oder Jahresabschlüsse der Kommune, Wirtschaftspläne, Jahresabschlüsse und Lageberichte des Unternehmens, die zugrunde liegenden Gremiumsbeschlüsse auf kommunaler und Unternehmensseite und die entsprechenden Buchungsbelege. Diese Unterlagen sind schon nach geltendem kommunalen Haushalts- und Wirtschaftsrecht sowie dem Handelsrecht dauerhaft oder mindestens zehn Jahre aufzubewahren (die Belege allerdings nur sechs Jahre, sofern nicht § 147 AO eine Aufbewahrung von zehn Jahren vorschreibt). Im Handelsrecht enthält § 257 HGB nähere Vorgaben. Natürlich sind auch die den Betrauungsakt bildenden (weiteren) Unterlagen und Dokumente zehn Jahre lang aufzubewahren. Im Übrigen sollte die Aufbewahrungspflicht in den Betrauungsakt aufgenommen werden.

Die Aufbewahrungspflicht hat besondere Bedeutung vor dem Hintergrund, dass die Kommission die Mitgliedsstaaten zur Überprüfung der Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen mit der Freistellungsentscheidung zur Übermittlung sämtlicher Informationen, die sie zur Prüfung für erforderlich erachtet, auffordern kann. Sie dient damit der Dokumentation und dem Nachweis der beihilfekonformen Zuschussgewährung.

### 3.4 Rechtsfolgen von Verstößen

Werden Ausgleichsleistungen an ein Unternehmen gewährt, ohne dass die Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung erfüllt sind, handelt es sich um unzulässige Beihilfen, sofern die Beträge nicht so geringfügig sind, dass sie unter die De-minimis-Verordnung<sup>16</sup> fallen oder die Voraussetzungen einer anderen Gruppenfreistellungsverordnung eingehalten sind. Bei ohne Notifizierung gewährten Beihilfen hat die Kommission die Mitgliedsstaaten anzuweisen, die Beihilfe zurückzufordern. Dies kann erhebliche Risiken für die begünstigten kommunalen Unternehmen bergen und gegebenenfalls sogar deren wirtschaftliche Existenz bedrohen. Zudem kann sich bei Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht die Frage der persönlichen Verantwortung der handelnden kommunalen und Unternehmensorgane stellen. Die Bereitschaft der Kommission, dem Beihilferecht Geltung zu verschaffen, hat in den letzten Jahren immer mehr zugenommen. Aktuell sei in diesem Zusammenhang auch auf die Mitteilung zur wirksamen Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen vom 25.10.2007 verwiesen. Derzeit überprüft die Kommission in einem förmlichen Beihilfeverfahren die Finanzierung des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr<sup>17</sup>.

## 4. Fazit

Das Monti-Paket enthält für die Kommunen neue bürokratische Erschwernisse, die einen nicht unerheblichen Aufwand bei der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen verursachen. Die - leider allzu häufig unklaren - Vorgaben aus Brüssel sind von den Kommunen umzusetzen, mag man den Inhalt der Anforderungen und den dafür notwendigen Aufwand auch kritisch beurteilen. Die Risiken, die bei einer fehlenden oder mangelhaften Umsetzung drohen, sind erheblich. Kommunen, die Unternehmen mit gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen betrauen und hierfür Ausgleichsleistungen erbringen, sind gehalten, Ausgleichsleistungen auf EU-Beihilferechtskonformität zu überprüfen und diese Unternehmen gegebenenfalls mit entsprechenden Betrauungsakten auszustatten. Positiv ist abschließend festzuhalten, dass die Voraussetzungen in der Praxis zumeist erfüllbar sein dürften.

---

<sup>16</sup> Verordnung (EG) Nr. 1998/2006; zum Inhalt dieser Verordnung vgl. den Beitrag in diesem Geschäftsbericht von Hugo Dobler, EU-Beihilfe und kommunale Wirtschaftsförderung - erläutert an Fällen aus der kommunalen Praxis, S. 35 ff.

<sup>17</sup> vgl. Gemeindezeitung vom 20.12.2007, Nr. 24, Dr. Jennert, Brüssel zwingt Kommunen zur Überprüfung

## ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 28. November 2005

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

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2005) 2673)

(2005/842/EG)

... (Auszug)

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

## Artikel 1

**Gegenstand**

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

## Artikel 2

**Geltungsbereich**

(1) Die vorliegende Entscheidung gilt für staatliche Beihilfen, die Unternehmen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gewährt werden, die in eine der folgenden Kategorien fallen:

- a) Ausgleichszahlungen an Unternehmen, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten;
- b) Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden;
- c) Ausgleichszahlungen für Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Schnitt 300 000 Fahrgäste nicht überstieg;
- d) Ausgleichszahlungen für Flug- und Seeverkehrshäfen, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Schnitt die Zahl von 1 000 000 für Flughäfen bzw. 300 000 für Seeverkehrshäfen nicht überstieg.

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

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

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

#### Artikel 3

##### Vereinbarkeit und Freistellung von der Notifizierungspflicht

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

#### Artikel 4

##### Öffentlicher Auftrag

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

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

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

#### Artikel 5

##### Ausgleichszahlung

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

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

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

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



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

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

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

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

#### Artikel 6

##### Vermeidung von Überkompensierung durch Kontrolle

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

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

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

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

#### Artikel 7

##### Vorhalten von Unterlagen

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

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

#### Artikel 8

##### Berichte

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

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

#### Artikel 9

##### Folgenabschätzung

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

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

*Artikel 10*

**Inkrafttreten**

Diese Entscheidung tritt am 19. Dezember 2005 in Kraft.

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

*Artikel 11*

**Adressaten**

Diese Entscheidung ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Brüssel, den 28. November 2005

*Für die Kommission*

Neelie KROES

*Mitglied der Kommission*

## Inhalt des Betrauungsakts

1. Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung
2. Beauftragtes Unternehmen und geografischer Geltungsbereich
3. Art und Dauer der gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte
4. Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen
  - Grundlage für die Berechnung des Ausgleichsbetrags festlegen (z. B. Kosten pro Benutzer der Einrichtung pro Jahr)
  - Grundlagen der Ermittlung der Kosten, Einnahmen und Rendite bestimmen
    - Festlegung allgemeiner Rechnungslegungsgrundsätze für die Ermittlung der Kosten (z. B. nach LSP i. V. mit VO PR Nr. 30/53)
    - Berücksichtigung der in Art. 5 Abs. 2 Satz 3 lit. a - d der Freistellungsentscheidung geregelten Kostenermittlungsgrundsätze
    - Festlegung der zu berücksichtigenden Einnahmen der DAWI (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Freistellungsentscheidung)
    - Gegebenenfalls Berücksichtigung von Gewinnen aus ausschließlichen oder besonderen Rechten, die in Zusammenhang mit der DAWI stehen (Art. 5 Abs. 3 Satz 2 der Freistellungsentscheidung)
    - Gegebenenfalls Bestimmung, dass Gewinne aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten zur Finanzierung der DAWI herangezogen werden müssen (Art. 5 Abs. 3 Satz 3 der Freistellungsentscheidung)
    - Festlegung einer angemessenen Rendite
  - Schlüssel für die Zuordnung der Kosten, Einnahmen und Rendite, wenn neben der DAWI noch weitere DAWI, wirtschaftliche Tätigkeiten ohne Gemeinwohlauftrag oder sonstige Tätigkeiten wahrgenommen werden
  - Gegebenenfalls Festlegung eines nachträglichen Korrekturmechanismus bei Abweichung von der Kostenprognose
5. Vorkehrungen gegen Überkompensierung und für Rückzahlung übersteigender Beträge
  - Kontrollmechanismen (Beispiele)
    - Regelmäßige Berichtspflichten des begünstigten Unternehmens

- Besondere Prüfungsrechte der örtlichen und überörtlichen Rechnungsprüfungsorgane
  - Erweiterter Auftrag der Abschlussprüfung (Kontrolle der Überkompensation)
  - Erleichtere Rückzahlung von Überkompensationsbeträgen (z. B. Rückzahlungsverpflichtungen, Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung)
6. Aufbewahrungspflicht (zehn Jahre)