

## Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2012/C 8/02)

### 1. ZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH DER MITTEILUNG

1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erwachsen aus den gemeinsamen Werten der Union und spielen bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts eine wichtige Rolle. Die Union und die Mitgliedstaaten müssen im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dafür Sorge tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen so gestaltet sind, dass diese Aufgaben erfüllt werden können.
2. Bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse können ohne besondere finanzielle Unterstützung durch die Mitgliedstaaten von öffentlichen oder privaten Unternehmen<sup>(1)</sup> erbracht werden. Andere Dienstleistungen können nur erbracht werden, wenn die betreffende Behörde dem Erbringer einen finanziellen Ausgleich bietet. Bestehen keine spezifischen EU-Vorschriften, ist es den Mitgliedstaaten in der Regel freigestellt, wie sie ihre Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse organisieren und finanzieren.
3. In dieser Mitteilung werden die Schlüsselkonzepte ausgeführt, die der Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zugrunde liegen<sup>(2)</sup>. Schwerpunkt der Mitteilung sind daher die für Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen wichtigsten beihilfenrechtlichen Bestimmungen.
4. Parallel zu dieser Mitteilung beabsichtigt die Kommission, eine auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgerichtete Verordnung über *De-minimis*-Beihilfen zu erlassen, in der erläutert wird, dass bestimmte Ausgleichsmaßnahmen keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 107 AEUV<sup>(3)</sup> darstellen, einen Beschluss<sup>(4)</sup> zu erlassen, mit dem bestimmte Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die staatliche Beihilfen darstellen, nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV für mit dem AEUV vereinbar erklärt und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV befreit werden, sowie einen EU-Rahmen anzunehmen<sup>(5)</sup>, in dem festgelegt ist, welche

Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit staatliche Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die nicht unter den vorgenannten Beschluss fallen, nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können.

5. Diese Mitteilung gilt unbeschadet der Anwendung anderer Rechtsvorschriften der Union, insbesondere derjenigen für das öffentliche Auftragswesen, und der sich aus dem AEUV und dem sektorspezifischen Unionsrecht ergebenden Bestimmungen. Entscheidet eine Behörde, Dritte mit der Erbringung einer Dienstleistung zu betrauen, muss sie die Rechtsvorschriften der Union für das öffentliche Auftragswesen befolgen, die in den Artikeln 49 bis 56 AEUV, den EU-Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen (Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste<sup>(6)</sup> und Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge<sup>(7)</sup>) sowie den sektorspezifischen Vorschriften<sup>(8)</sup> enthalten sind. Auch in Fällen, in denen die EU-Vergaberichtlinien ganz oder teilweise nicht angewandt werden können (z. B. auf Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungsaufträge nach Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG einschließlich verschiedener Arten von Sozialdienstleistungen), muss die Vergabe dennoch im Einklang mit den AEUV-Bestimmungen über Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung<sup>(9)</sup> erfolgen.
6. Über die in dieser Mitteilung, dem Beschluss 2012/21/EU und der Mitteilung der Kommission — EU-Rahmen für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) erläuterten Aspekte hinaus wird die Kommission spezifische Fragen beantworten, die sich aus der Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ergeben. Dies soll u.a. über den Interaktiven Informationsdienst für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse geschehen, der über die Website der Kommission erreichbar ist<sup>(10)</sup>.

<sup>(1)</sup> Nach Artikel 345 AEUV lassen die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Folglich unterscheiden die Wettbewerbsvorschriften nicht zwischen Unternehmen in öffentlichem und Unternehmen in privatem Eigentum.

<sup>(2)</sup> Weitere Erläuterungen finden sich im Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEK(2010) 1545 endg., 7. Dezember 2010.

<sup>(3)</sup> Siehe Seite 23 dieses Amtsblatts.

<sup>(4)</sup> Beschluss der Kommission 2012/21/EU vom 21. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3).

<sup>(5)</sup> Siehe Seite 15 dieses Amtsblatts.

<sup>(6)</sup> ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

<sup>(7)</sup> ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.

<sup>(8)</sup> Siehe beispielsweise Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1).

<sup>(9)</sup> EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2000, *Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG*, Rechtssache C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60, und Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2).

<sup>(10)</sup> [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/registration/form\\_de.html](http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_de.html)

7. Diese Mitteilung gilt unbeschadet der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.

## 2. ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN ZUM BEREICH DER STAATLICHEN BEIHILFEN

### 2.1 Begriff des Unternehmens und der wirtschaftlichen Tätigkeit

8. Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV finden die Beihilfavorschriften im Allgemeinen nur Anwendung, wenn es sich beim Empfänger um ein „Unternehmen“ handelt. Die Frage, ob der Erbringer einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse als Unternehmen einzustufen ist, ist daher für die Anwendung der Beihilfavorschriften von grundlegender Bedeutung.

#### 2.1.1 Allgemeine Grundsätze

9. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung<sup>(1)</sup>. Die Einstufung einer bestimmten Einheit als Unternehmen hängt damit vollständig von der Art ihrer Tätigkeiten ab. Dieser allgemeine Grundsatz hat drei wichtige Konsequenzen:

Erstens ist der Status der Einheit nach einzelstaatlichem Recht nicht entscheidend. Wird eine Einheit beispielsweise nach einzelstaatlichem Recht als Verband oder Sportverein eingestuft, muss sie dennoch möglicherweise als ein Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV angesehen werden. Das einzige relevante Kriterium ist in diesem Zusammenhang, ob die Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder nicht.

Zweitens hängt die eigentliche Anwendung der EU-Beihilfavorschriften nicht davon ab, ob die Einheit zur Erzielung von Gewinnen gegründet wurde. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts können auch Einheiten ohne Erwerbzweck Güter und Dienstleistungen auf einem Markt anbieten<sup>(2)</sup>. Andernfalls sind Dienstleister ohne Erwerbzweck selbstverständlich weiterhin nicht Gegenstand der Beihilfenkontrolle.

Drittens erfolgt die Einstufung einer Einheit als Unternehmen immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit. Eine

Einheit, die sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist nur im Hinblick auf erstere als Unternehmen anzusehen.

10. Zwei getrennte rechtliche Einheiten können für die Zwecke der Anwendung der EU-Beihilfavorschriften als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden. Diese wirtschaftliche Einheit ist dann das relevante Unternehmen. Hierzu prüft der Gerichtshof, ob Kontrollbeteiligungen und funktionelle, wirtschaftliche oder institutionelle Verbindungen bestehen<sup>(3)</sup>. Eine Einheit jedoch, die selbst keine Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet, stellt nicht aufgrund des bloßen Besitzes von Beteiligungen — auch von Mehrheitsbeteiligungen — schon ein Unternehmen dar, wenn mit der Beteiligung nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, und gegebenenfalls der Bezug von Dividenden einhergehen, die lediglich die Früchte des Eigentums an einem Gut sind<sup>(4)</sup>.

11. Zur Klärung der Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten wurde in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs stets festgestellt, dass jede Tätigkeit, die im Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem Markt besteht, eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt<sup>(5)</sup>.

12. Ob für eine bestimmte Dienstleistung ein Markt existiert, kann davon abhängen, wie diese Dienstleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert wird<sup>(6)</sup>. Die EU-Beihilfavorschriften finden nur dann Anwendung, wenn die betreffende Tätigkeit in einem Marktumfeld ausgeübt wird. Die wirtschaftliche Natur bestimmter Dienstleistungen kann sich daher von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden. Des Weiteren kann sich die Einstufung einer bestimmten Dienstleistung aufgrund politischer Entscheidungen oder wirtschaftlicher Entwicklungen ändern. Dienstleistungen, die heute keine Markttätigkeit darstellen, könnten sich dazu entwickeln und umgekehrt.

13. Die Entscheidung einer Behörde, Dritten die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung nicht zu gestatten (weil sie z. B. die Dienstleistung intern selbst erbringen will), schließt das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht aus. Trotz einer solchen Marktabschottung kann dennoch eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung

<sup>(1)</sup> EuGH, Urteil vom 12. September 2000, *Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451.

<sup>(2)</sup> Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 30. Oktober 1978, *Heintz van Landewyck SARL und andere/Kommission*, verbundene Rechtssachen 209/78 R bis 215/78 R und 218/78 R, Slg. 1978, 2111, Randnr. 21; EuGH, Urteil vom 16. November 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie und Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Rechtssache C-244/94, Slg. 1995, I-4013; EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio*, Rechtssache C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Randnrn. 27 und 28.

<sup>(3)</sup> EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, *AceaElectrabel Produzione SpA/Kommission*, Rechtssache C-480/09 P, Slg. 2010 [noch nicht in der Sammlung veröffentlicht], Randnrn. 47-55; EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato und Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, Rechtssache C-222/04, Slg. 2006, I-289, Randnr. 112.

<sup>(4)</sup> Rechtssache C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, Randnrn. 107-118 und 125.

<sup>(5)</sup> EuGH, Urteil vom 16. Juni 1987, *Kommission/Italien*, Rechtssache 118/85, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7; EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, *Kommission/Italien*, Rechtssache C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 36; verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, *Pavel Pavlov u.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Randnr. 75.

<sup>(6)</sup> EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993, *Poucet und Pistre*, verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637.

auf dem betreffenden Markt zu erbringen. Die Tatsache, dass eine bestimmte Dienstleistung intern erbracht wird<sup>(1)</sup>, hat im Allgemeinen keinen Einfluss auf die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit<sup>(2)</sup>.

14. Da die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von den politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat abhängt, ist es nicht möglich, eine erschöpfende Liste der Tätigkeiten aufzustellen, die grundsätzlich nie wirtschaftlicher Natur sind. Eine solche Liste würde keine wirkliche Rechtssicherheit schaffen und wäre somit wenig hilfreich. In den folgenden Absätzen soll hingegen die Unterscheidung im Hinblick auf eine Reihe wichtiger Bereiche geklärt werden.
15. Da der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht in den Verträgen definiert ist, lassen sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs unterschiedliche Kriterien für die Anwendung der Binnenmarktvorschriften sowie des Wettbewerbsrechts ableiten<sup>(3)</sup>.

#### 2.1.2 Ausübung öffentlicher Befugnisse

16. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs findet Artikel 107 AEUV keine Anwendung, wenn der Staat als „öffentliche Hand“<sup>(4)</sup> handelt oder aus dem Staat hervorgehende Behörden in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln“<sup>(5)</sup>. Eine Einheit kann dann als handelnde öffentliche Hand angesehen werden, wenn es sich bei der betreffenden Tätigkeit um eine Aufgabe handelt, die Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist oder ihrem Wesen, ihrem Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden ist<sup>(6)</sup>. Sofern der

<sup>(1)</sup> Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed in der Rechtsache C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/ Transformación Agraria SA (Tragsa) und Administración del Estado*, Slg. 2007, I-2999, Randnrn. 110-116; Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1), Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 6 Absatz 1; Beschluss 2011/501/EU der Kommission vom 23. Februar 2011 über die staatliche Beihilfe C 58/06 (ex NN 98/05) Deutschlands für Bahnen der Stadt Monheim (BSM) und Rheinische Bahngesellschaft (RBG) im Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (ABl. L 210 vom 17.8.2011, S. 1), Erwägungsgründe 208 und 209.

<sup>(2)</sup> Auch die Frage, ob die Dienstleistung als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse definiert werden kann, bleibt davon unberührt (siehe auch Abschnitt 3.2).

<sup>(3)</sup> EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006, *David Meca-Medina und Igor Majcen/Kommission*, Rechtssache C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991, Randnrn. 30-33; EuGH, Urteil vom 5. März 2009, *Kattner Stahlbau GmbH/Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, Rechtssache C-350/07, Slg. 2009, I-1513, Randnrn. 66, 72, 74 und 75; Schlussanträge des Generalanwalts Poirares Maduro vom 10. November 2005, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Kommission*, Rechtssache C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295, Randnrn. 50-51.

<sup>(4)</sup> Rechtssache C-118/85, *Kommission/Italien*, Randnrn. 7-8.

<sup>(5)</sup> EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, *Corinne Bodson/SA Pompes funèbres des régions libérées*, Rechtssache C-30/87, Slg. 1988, I-2479, Randnr. 18.

<sup>(6)</sup> Siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 19. Januar 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*, Rechtssache C-364/92, Slg. 1994, I-43, Randnr. 30.

betreffende Mitgliedstaat nicht beschlossen hat, Marktmechanismen einzuführen, stellen Tätigkeiten, die untrennbarer Teil der Vorrechte einer Behörde sind und vom Staat ausgeübt werden, im Allgemeinen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar. Beispiele hierfür sind Tätigkeiten im Zusammenhang mit

- a) der Armee oder Polizei,
- b) Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle<sup>(7)</sup>,
- c) Seeverkehrskontrolle und -sicherheit<sup>(8)</sup>,
- d) Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung<sup>(9)</sup> und
- e) Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen<sup>(10)</sup>.

#### 2.1.3 Soziale Sicherheit

17. Ob Systeme der sozialen Sicherheit mit wirtschaftlichen Tätigkeiten einhergehen, hängt von ihrem Aufbau und ihrer Struktur ab. Im Wesentlichen unterscheiden der Gerichtshof und das Gericht zwischen Systemen, die auf dem Prinzip der Solidarität beruhen, und wirtschaftlichen Systemen.
18. Der Gerichtshof und das Gericht stellen anhand einer Reihe von Kriterien fest, ob ein System der sozialen Sicherheit auf Solidarität beruht und daher nicht mit wirtschaftlichen Tätigkeiten einhergeht. Hierbei kann es von Bedeutung sein,
- a) ob die Mitgliedschaft im System verpflichtend ist<sup>(11)</sup>,
  - b) ob das System rein soziale Zwecke verfolgt<sup>(12)</sup>,
  - c) ob es sich um ein System ohne Erwerbszweck handelt<sup>(13)</sup>,

<sup>(7)</sup> Rechtssache C-364/92, *SAT Fluggesellschaft GmbH/Eurocontrol*, Randnr. 27; EuGH, Urteil vom 26. März 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA/Kommission und Eurocontrol*, Rechtssache C-113/07 P, Slg. 2009, I-2207, Randnr. 71.

<sup>(8)</sup> Beschluss der Kommission vom 16. Oktober 2002 in der Sache N 438/02 — Belgien — Subventionen zugunsten der Hafenverwaltungen (ABl. C 284 vom 21.11.2002, S. 2).

<sup>(9)</sup> EuGH, Urteil vom 18. März 1997, *Diego Cali & Figli Srl/Servicesi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, Rechtssache C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Randnr. 22.

<sup>(10)</sup> Entscheidung der Kommission in der Sache N 140/06 — Litauen — Zuweisung von Beihilfen an Besserungsanstalten leitende staatliche Unternehmen (ABl. C 244 vom 11.10.2006, S. 12).

<sup>(11)</sup> EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993, *Christian Poucet/Assurances générales de France und Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637, Randnr. 13.

<sup>(12)</sup> EuGH, Urteil vom 22. Januar 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, Rechtssache C-218/00, Slg. 2002, I-691, Randnr. 45.

<sup>(13)</sup> EuGH, Urteil vom 16. März 2004, *AOK Bundesverband u. a./Iththyol-Gesellschaft Cordes u. a.*, verbundene Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493, Randnrn. 47-55.

- d) ob die Leistungen unabhängig von den abgeführten Beiträgen gewährt werden <sup>(1)</sup>,
- e) ob die gewährten Leistungen sich nicht zwangsläufig proportional zu den Einkünften des Versicherten verhalten <sup>(2)</sup> und
- f) ob das System vom Staat kontrolliert wird <sup>(3)</sup>.
19. Derartige solidaritätsbasierte Systeme sind von wirtschaftlichen Systemen zu unterscheiden <sup>(4)</sup>. Im Gegensatz zu solidaritätsbasierten Systemen weisen wirtschaftliche Systeme in der Regel folgende Merkmale auf:
- a) optionale Mitgliedschaft <sup>(5)</sup>,
- b) Kapitalisierungsprinzip (die Ansprüche hängen von den geleisteten Beiträgen und den finanziellen Ergebnissen des Systems ab) <sup>(6)</sup>,
- c) Gewinnorientierung <sup>(7)</sup> und
- d) zusätzliche Leistungen in Ergänzung zum Basissystem <sup>(8)</sup>.
20. Manche Systeme haben die Merkmale beider Kategorien. In solchen Fällen hängt die Einstufung des Systems von der Analyse verschiedener Elemente und ihrer jeweiligen Bedeutung ab <sup>(9)</sup>.

#### 2.1.4 Gesundheitsfürsorge

21. Die Gesundheitssysteme in der Union unterscheiden sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erheblich. In welchem

<sup>(1)</sup> Verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, *Christian Poucet/Assurances générales de France und Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Randnrn. 15-18.

<sup>(2)</sup> Rechtssache C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/INAIL*, Randnr. 40.

<sup>(3)</sup> Verbundene Rechtssachen C-159/91 und C-160/91, *Christian Poucet/Assurances générales de France und Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Randnr. 14; Rechtssache C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/INAIL*, Randnrn. 43-48; verbundene Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK u. a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes u. a.*, Randnrn. 51-55.

<sup>(4)</sup> Siehe insbesondere *Fédération française des sociétés d'assurance u. a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Rechtssache C-244/94, Randnr. 19.

<sup>(5)</sup> EuGH, Urteil vom 21. September 1999, *Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Rechtssache C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Randnrn. 80-87.

<sup>(6)</sup> EuGH, Urteil vom 16. November 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie und Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Rechtssache C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Randnrn. 9 und 17-20; Rechtssache C-67/96, *Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Randnrn. 81-85; siehe auch EuGH, Urteil vom 21. September 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, verbundene Rechtssachen C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999, I-6025, Randnrn. 81-85; EuGH, Urteil vom 21. September 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, Rechtssache C-219/97, Slg. 1999, I-6121, Randnr. 71-75; verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, *Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Randnrn. 114-115.

<sup>(7)</sup> Verbundene Rechtssachen C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*.

<sup>(8)</sup> Verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, *Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*.

<sup>(9)</sup> Rechtssache C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH/Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*.

Umfang die verschiedenen Gesundheitsdienstleister in einem Marktumfeld miteinander im Wettbewerb stehen, hängt weitgehend von den nationalen Besonderheiten ab.

22. In einigen Mitgliedstaaten sind öffentliche Krankenhäuser ein zentraler Bestandteil des nationalen Gesundheitssystems und basieren fast vollständig auf dem Solidaritätsprinzip <sup>(10)</sup>. Solche Krankenhäuser werden direkt über die Sozialversicherungsbeiträge sowie aus staatlichen Mitteln finanziert und erbringen ihre Dienste für Versicherte unentgeltlich nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsversorgung <sup>(11)</sup>. Gerichtshof und Gericht haben bestätigt, dass überall dort, wo eine solche Struktur existiert, die betreffenden Organisationen nicht als Unternehmen handeln <sup>(12)</sup>.
23. Existiert eine solche Struktur, so sind selbst Tätigkeiten, die an sich wirtschaftlicher Art sein könnten, aber allein zum Zweck der Erbringung einer anderen nichtwirtschaftlichen Dienstleistung ausgeübt werden, nichtwirtschaftlicher Natur. Eine Organisation die — selbst in großen Mengen — Güter bezieht, um eine nichtwirtschaftliche Dienstleistung zu erbringen, handelt nicht als Unternehmen, nur weil sie Abnehmer auf einem bestimmten Markt ist <sup>(13)</sup>.
24. In vielen anderen Mitgliedstaaten bieten Krankenhäuser und Gesundheitsdienstleister ihre Dienstleistungen gegen ein Entgelt an, das entweder direkt von den Patienten oder deren Versicherungen gezahlt wird <sup>(14)</sup>. In derartigen Systemen herrscht zwischen den Krankenhäusern ein gewisser Wettbewerb um die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen. In diesem Fall reicht die Tatsache, dass eine Gesundheitsdienstleistung von einem öffentlichen Krankenhaus erbracht wird, nicht aus, um die Tätigkeit als nichtwirtschaftlich einzustufen.
25. Der Gerichtshof und das Gericht haben des Weiteren klargestellt, dass Gesundheitsdienstleistungen, die niedergelassene Ärzte und andere private Mediziner gegen Entgelt auf eigenes Risiko erbringen, als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sind <sup>(15)</sup>. Dieselben Grundsätze gelten für unabhängige Apotheken.

<sup>(10)</sup> Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist das spanische nationale Gesundheitssystem ein einschlägiges Beispiel hierfür (siehe Rechtssache T-319/99, *FENIN/Kommission*, Slg. 2003, II-357).

<sup>(11)</sup> Abhängig von den allgemeinen Merkmalen des Systems ändern Gebühren, die nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten der Dienstleistungen abdecken, nicht zwangsläufig etwas an der Einstufung eines Systems als nichtwirtschaftlich.

<sup>(12)</sup> Rechtssache T-319/99, *FENIN/Kommission*, Slg. 2003, II-357, Randnr. 39.

<sup>(13)</sup> Rechtssache T-319/99, *FENIN/Kommission*, Slg. 2003, II-357, Randnr. 40.

<sup>(14)</sup> Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 16. November 1995, *FFSA u. a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Rechtssache C-244/94, Slg. 1995, I-4013; EuGH, Urteil vom 21. September 1999, *Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Rechtssache C-67/96, Slg. 1999, I-5751; Urteil vom 21. September 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, verbundene Rechtssachen C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999, I-6025; EuGH, Urteil vom 21. September 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, Rechtssache C-219/97, Slg. 1999, I-6121.

<sup>(15)</sup> EuGH, Urteil vom 12. September 2000, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, *Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Slg. 2000, I-6451, Randnr. 75 und 77.

### 2.1.5 Bildungswesen

26. Nach der Rechtsprechung der Union kann die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und überwacht wird, als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Staat

„[...] durch die Errichtung und Erhaltung eines solchen staatlichen Bildungssystems, das in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfüllte“<sup>(1)</sup>.

27. Nach derselben Rechtsprechung wird die nichtwirtschaftliche Natur der öffentlichen Bildung grundsätzlich nicht dadurch beeinträchtigt, dass Schüler oder ihre Eltern gelegentlich Unterrichts- oder Einschreibegebühren entrichten müssen, die zu den operativen Kosten des Systems beitragen. Solche finanziellen Beiträge decken oft nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten der Dienstleistung ab und können daher nicht als Entgelt für die erbrachte Dienstleistung angesehen werden. Daher ändern sie nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur einer allgemeinen Bildungsdienstleistung, die vorrangig aus staatlichen Mitteln finanziert wird<sup>(2)</sup>. Diese Grundsätze gelten für öffentliche Bildungsdienstleistungen wie Berufsausbildung<sup>(3)</sup>, private und öffentliche Grundschulen<sup>(4)</sup> sowie Kindertageseinrichtungen<sup>(5)</sup>, nebenberufliche Lehrtätigkeiten an Hochschulen<sup>(6)</sup> und Unterricht an Hochschulen<sup>(7)</sup>.

28. Diese öffentliche Bereitstellung von Bildungsdienstleistungen muss von Dienstleistungen unterschieden werden, die weitgehend von Eltern oder Schülern oder aus kommerziellen Einnahmen finanziert werden. So fallen beispielsweise kommerzielle Unternehmen, die Hochschulstudiengänge anbieten, die vollständig von dem Studierenden bezahlt werden, eindeutig in letztere Kategorie. In einigen Mitgliedstaaten können öffentliche Institutionen auch Bildungs-

dienstleistungen anbieten, die aufgrund ihrer Natur, Finanzierungsstrukturen und konkurrierender privater Organisationen als wirtschaftlich einzustufen sind.

29. Im Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation<sup>(8)</sup> hat die Kommission klargestellt, dass bestimmte von Universitäten und Forschungsorganisationen ausgeübte Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften fallen. Dies betrifft die Haupttätigkeiten von Forschungseinrichtungen, und zwar

- a) die Ausbildung von mehr und besser qualifizierten Humanressourcen,
- b) die unabhängige Forschung und Entwicklung, auch im Verbund, zur Erweiterung des Wissens und des Verständnisses und
- c) die Verbreitung der Forschungsergebnisse.

30. Die Kommission hat auch klargestellt, dass einzelne Aspekte des Technologietransfers (Lizenzierung, Gründung von Spin-offs oder andere Formen des Managements von von der Forschungsorganisation geschaffenen Wissen) als nichtwirtschaftlich zu betrachten sind, wenn diese Tätigkeit interner Natur ist<sup>(9)</sup> und alle Einnahmen daraus wieder in die Haupttätigkeiten der betreffenden Forschungseinrichtungen investiert werden<sup>(10)</sup>.

### 2.2 Staatliche Mittel

31. Als Beihilfen im Sinne von Artikel 107 AEUV können nur solche Vorteile angesehen werden, die direkt oder indirekt aus staatlichen Mitteln gewährt werden<sup>(11)</sup>. Aus privaten Mitteln gewährte Vorteile können die Stellung eines bestimmten Unternehmens möglicherweise stärken, fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 107 AEUV.

32. Die Übertragung von staatlichen Mitteln kann in vielerlei Form erfolgen, so etwa durch direkte Zuschüsse, Steuergutschriften und Sachleistungen. So stellt die Tatsache, dass der

<sup>(1)</sup> EuGH, Urteil vom 11. September 2007, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, Rechtssache C-318/05, Slg. 2007, I-6957, Randnr. 68. Siehe auch Entscheidung der Kommission vom 25. April 2001 in der Sache N 118/00 — Öffentliche Subventionen für Profisportvereine und Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde in der Rechtssache 68123 — Norwegen — Nasjonal digital læringsarena, 12.10.2011, S. 9.

<sup>(2)</sup> EuGH, Urteil vom 21. Februar 2008, *Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde*, Rechtssache E-5/07 (Abl. C 113 vom 8.5.2008, S. 17).

<sup>(3)</sup> EuGH, Urteil vom 27. September 1988, *Belgischer Staat/René Humbel und Marie-Thérèse Edel*, Rechtssache 263/86, Slg. 1988, 5365.

<sup>(4)</sup> Rechtssache C-318/05, *Kommission/Deutschland*; EuGH, Urteil vom 11. September 2007, *Herbert Schwarz und Marga Gootjes-Schwarz/Finanzamt Bergisch Gladbach*, Rechtssache C-76/05, Slg. 2007, I-6849.

<sup>(5)</sup> *Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde*, Rechtssache E-5/07.

<sup>(6)</sup> EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, *Hans-Dieter Jundt und Hedwig Jundt/Finanzamt Offenburg*, Rechtssache C-281/06, Slg. 2007, I-12231.

<sup>(7)</sup> EuGH, Urteil vom 7. Dezember 1993, *Stephan Max Wirth/Landeshauptstadt Hannover*, Rechtssache C-109/92, Slg. 1993, I-6447.

<sup>(8)</sup> Siehe Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation (Abl. C 323 vom 30.12.2006, S. 1).

<sup>(9)</sup> Nach Fußnote 25 des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation ist unter „interner Natur“ ein Sachverhalt zu verstehen, bei dem das Wissensmanagement der Forschungsorganisation(en) durch eine Abteilung oder eine Untergliederung der Forschungsorganisation oder gemeinsam mit anderen Forschungsorganisationen erfolgt. Die vertragliche Übertragung bestimmter Dienstleistungen an Dritte im Wege der offenen Ausschreibung steht dem internen Charakter dieser Tätigkeiten nicht entgegen.

<sup>(10)</sup> Siehe Abschnitte 3.1.1 und 3.1.2 des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation.

<sup>(11)</sup> EuGH, Urteil vom 7. Mai 1998, *Epifanio Viscido u. a./Ente Poste Italiane*, verbundene Rechtssachen C-52/bis C-54/97, Slg. 1998, I-2629, Randnr. 13; EuGH, Urteil vom 22. November 2001, *Ferring SA/Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Rechtssache C-53/00, Slg. 2001, I-9067, Randnr. 16. Siehe auch EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra AG/Schleswig AG*, Slg. 2001, I-2099.

Staat keine Marktpreise für bestimmte Dienstleistungen erhebt, einen Verzicht auf staatliche Mittel dar. In seinem Urteil in der Rechtssache C-482/99, *Frankreich/Kommission* <sup>(1)</sup> bestätigte der Gerichtshof außerdem, dass die Mittel eines öffentlichen Unternehmens staatliche Mittel im Sinne von Artikel 107 AEUV darstellen, da die Behörden in der Lage sind, diese Mittel zu kontrollieren. Wird ein Unternehmen, das mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, aus Mitteln finanziert, die von einem öffentlichen Unternehmen bereitgestellt werden, und sind diese Finanzierungsmittel dem Staat zuzurechnen, so können diese Finanzierungsmittel staatliche Beihilfen darstellen.

33. Eine ohne öffentliche Ausschreibung erfolgende Vergabe von Lizenzen zur Inanspruchnahme oder Nutzung öffentlicher Bereiche oder von anderen besonderen oder ausschließlichen Rechten mit wirtschaftlichem Wert kann einen Verzicht auf staatliche Mittel bedeuten und den Begünstigten einen Vorteil verschaffen <sup>(2)</sup>.
34. Mitgliedstaaten können in manchen Fällen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse über Gebühren und Beiträge finanzieren, die von bestimmten Unternehmen oder Nutzern entrichtet werden; die daraus resultierenden Einnahmen werden an das mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen abgeführt. Diese Art der Finanzierung wurde vom Gerichtshof insbesondere in der Rechtssache 173/73, *Italien/Kommission* <sup>(3)</sup> geprüft; in seinem Urteil stellte der Gerichtshof fest:
- „[D]a die fraglichen Fonds nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften durch Zwangsbeiträge gespeist werden und (...) gemäß diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, sind sie als staatliche Mittel im Sinne des Artikels (107 AEUV) zu betrachten, selbst wenn ihre Verwaltung nicht-staatlichen Organen anvertraut wäre.“
35. Ähnlich äußerte sich der Gerichtshof in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-78/90 bis C-83/90, *Compagnie Commerciale de l'Ouest* <sup>(4)</sup>, in dem er bestätigte, dass Maßnahmen, die über parafiskalische Abgaben finanziert werden, aus staatlichen Mitteln finanzierte Maßnahmen darstellen.
36. Entsprechend handelt es sich bei Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die über parafiskalische Abgaben oder Pflichtabgaben finanziert werden, die vom Staat auferlegt und im Einklang mit den einschlägigen Rechtsvor-

schriften verwaltet und zugewiesen werden, um Ausgleichsleistungen zulasten staatlicher Mittel.

### 2.3 Auswirkungen auf den Handel

37. Damit Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen in den Anwendungsbereich von Artikel 107 AEUV fallen, müssen sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen. Dies setzt normalerweise einen Wettbewerbsmarkt voraus. Deshalb gelten für Märkte, die entweder durch Rechtsvorschriften der Union oder durch mitgliedstaatliche Gesetze für den Wettbewerb geöffnet wurden oder sich *de facto* im Zuge der wirtschaftlichen Entwicklung für den Wettbewerb geöffnet haben, die EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen. Die Mitgliedstaaten verfügen jedoch nach wie vor über einen Ermessensspielraum, wie sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse definieren, organisieren und finanzieren wollen, wobei diese der Beihilfenkontrolle unterliegen, wenn dem (privaten oder öffentlichen) Dienstleistungserbringer (einschließlich interner Dienstleistungserbringer) Ausgleichsleistungen gewährt werden. Ist der Markt einem einzigen Dienstleistungserbringer (einschließlich interner Dienstleistungserbringer) vorbehalten, unterliegen die ihm gewährten Ausgleichsleistungen ebenfalls der Beihilfenkontrolle. Ist die wirtschaftliche Tätigkeit für den Wettbewerb geöffnet worden, würde eine Entscheidung, die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mittels anderer Methoden als einer öffentlichen Ausschreibung bereitzustellen, die die geringsten Kosten für die Gemeinschaft gewährleisten würde, zu Wettbewerbsverzerrungen führen, weil Wettbewerber am Markteintritt gehindert oder die Expansion des Begünstigten auf anderen Märkten erleichtert werden könnte. Wettbewerbsverzerrungen können auch auf den Inputmärkten auftreten. Aber auch Beihilfen, die einem Unternehmen gewährt werden, das auf einem nicht liberalisierten Markt tätig ist, können den Handel beeinträchtigen, wenn das begünstigte Unternehmen auch auf liberalisierten Märkten tätig ist <sup>(5)</sup>.
38. Beihilfemaßnahmen können sich auch dann auf den Handel auswirken, wenn das begünstigte Unternehmen nicht selbst an grenzüberschreitenden Tätigkeiten beteiligt ist. In solchen Fällen kann das inländische Angebot beibehalten oder erhöht werden, mit der Folge, dass sich die Möglichkeiten für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen verringern, ihre Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat anzubieten <sup>(6)</sup>.
39. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gibt es keine Schwelle und keinen Prozentsatz, bis zu der oder dem man davon ausgehen könnte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt würde <sup>(7)</sup>. Ein relativ geringer Beihilfebetrug oder eine relativ kleines begünstigtes Unternehmens lassen nicht grundsätzlich darauf schließen, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wird.

<sup>(1)</sup> Slg. 2002, I-4397.

<sup>(2)</sup> EuGH, Urteil vom 22. Mai 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH/Telekom-Control-Kommission*, Rechtssache C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Randnrn. 92-93. EuG, Urteil vom 4. Juli 2007, *Bouygues SA und Bouygues Télécom SA/Kommission*, Rechtssache T-475/04, Slg. 2007, II-2097, Randnrn. 101, 104, 105 und 111.

<sup>(3)</sup> EuGH, Urteil vom 2. Juli 1974, *Italien/Kommission*, Rechtssache 173/73, Slg. 1974, 709, Randnr. 16. Siehe auch EuGH, Urteil vom 22. März 1977, *Steinike & Weinlig/Bundesrepublik Deutschland*, Rechtssache 78/76, Slg. 1977, 595, Randnr. 21, und EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, *Essent Network*, Rechtssache C-206/06, Slg. 2008, 5497, Randnrn. 47, 57 und 96.

<sup>(4)</sup> EuGH, Urteil vom 11. März 1992, *Compagnie Commerciale de l'Ouest u. a./Receveur principal des douanes de La Pallice Port*, verbundene Rechtssachen C-78/90 bis C-83/90, Slg. 1992, I-1847, Randnr. 35. EuGH, Urteil vom 27. November 2003, *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, verbundene Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01, Slg. 2003, I-14243, Randnr. 26.

<sup>(5)</sup> EuG, Urteil vom 15. Juni 2000, *Mauro Alzetta u. a./Kommission*, verbundene Rechtssachen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98, Slg. 2000, II-2319, Randnrn. 143-147.

<sup>(6)</sup> Siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rechtssache C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

<sup>(7)</sup> *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rechtssache C-280/00, Randnr. 81.

40. Ferner kam die Kommission in mehreren Fällen zu dem Schluss, dass Tätigkeiten rein lokaler Natur waren und den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigten. Beispiele hierfür sind
- Schwimmbäder, die überwiegend von den örtlichen Einwohnern genutzt werden <sup>(1)</sup>,
  - örtliche Krankenhäuser, die ausschließlich für die örtliche Bevölkerung bestimmt sind <sup>(2)</sup>,
  - örtliche Museen, die wahrscheinlich keine grenzüberschreitenden Besucher anziehen <sup>(3)</sup>, und
  - lokale Kulturveranstaltungen, bei denen das potenzielle Publikum örtlich begrenzt ist <sup>(4)</sup>
41. Im Übrigen ist die Kommission nicht verpflichtet, alle von den Mitgliedstaaten gewährten finanziellen Unterstützungsmaßnahmen zu prüfen. Nach der Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf *De-minimis*-Beihilfen <sup>(5)</sup> fallen Beihilfen, deren Gesamtsumme in einem Zeitraum von drei Jahren 200 000 EUR pro Unternehmen nicht überschreitet, nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 107 Absatz 1 AEUV. Besondere *De-minimis*-Schwellenwerte gelten für den Transport-, Fischerei- und Agrarsektor <sup>(6)</sup>, und die Kommission plant, eine Verordnung mit einem besonderen *De-minimis*-Schwellenwert für lokale Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzunehmen.

### 3. VORAUSSETZUNGEN, UNTER DENEN AUSGLEICHSLEISTUNGEN FÜR ÖFFENTLICHE DIENSTLEISTUNGEN KEINE STAATLICHEN BEIHILFEN DARSTELLEN

#### 3.1 Vom Gerichtshof aufgestellte Kriterien

42. In seinem *Altmark*-Urteil <sup>(7)</sup> gab der Gerichtshof weitere Erläuterungen zu den Voraussetzungen, unter denen Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, wenn kein Vorteil besteht, keine staatlichen Beihilfen darstellen.

<sup>(1)</sup> Entscheidung der Kommission in der Sache N 258/00 — Deutschland — Freizeitbad Dorsten (Abl. C 172 vom 16.6.2001, S. 16).  
<sup>(2)</sup> Entscheidung der Kommission in der Sache N 543/01 — Irland — Steuerliche Abschreibung für Krankenhäuser (Abl. C 154 vom 28.6.2002, S. 4).  
<sup>(3)</sup> Entscheidung der Kommission in der Sache N 630/03 — Italien — Unterstützung für örtliche Museen in Sardinien — Sardinien (Abl. C 275 vom 8.12.2005, S. 3).  
<sup>(4)</sup> Entscheidung der Kommission in der Sache N 257/07 — Spanien — Zuschüsse für Theaterproduktionen im Baskenland (Abl. C 173 vom 26.7.2007, S. 2).  
<sup>(5)</sup> Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf *De-minimis*-Beihilfen (Abl. L 379 vom 28.12.2006, S. 5).  
<sup>(6)</sup> Siehe Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 für den Transportsektor; Verordnung (EG) Nr. 875/2007 der Kommission vom 24. Juli 2007 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf *De-minimis*-Beihilfen im Fischereisektor und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1860/2004 (Abl. L 193 vom 25.7.2007, S. 6); Verordnung (EG) Nr. 1535/2007 der Kommission vom 20. Dezember 2007 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf *De-minimis*-Beihilfen im Agrarerezeugnissektor (Abl. L 337 vom 21.12.2007, S. 35).  
<sup>(7)</sup> *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rechtssache C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

43. Der Gerichtshof stellte fest,

„[...] dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 107 Absatz 1 AEUV) fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen. Ein derartiger Ausgleich ist im konkreten Fall jedoch nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind.

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

— [...] Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. [...] Gleich daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel (107 Absatz 1 AEUV) fällt.

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

— [...] Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind“ <sup>(8)</sup>.

<sup>(8)</sup> *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rechtssache C-280/00, Randnrn. 87-93.

44. Die Abschnitte 3.2 bis 3.6 behandeln die verschiedenen Voraussetzungen, die durch die *Altmark*-Rechtsprechung aufgestellt wurden: den Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die Zwecke des Artikels 106 Absatz 2 AEUV<sup>(1)</sup>, das Erfordernis eines Betrauungsakts<sup>(2)</sup>, die Verpflichtung zur Festlegung von Parametern für Ausgleichsleistungen<sup>(3)</sup>, die Grundsätze für die Vermeidung einer Überkompensation<sup>(4)</sup> und die Grundsätze für die Auswahl des Dienstleistungserbringers<sup>(5)</sup>.

### 3.2 Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

45. Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entwickelt sich beständig weiter und hängt unter anderem von den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger, den technologischen Entwicklungen und Marktentwicklungen sowie den sozialen und politischen Präferenzen im betreffenden Mitgliedstaat ab. Der Gerichtshof stellte fest, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten besondere Merkmale aufweisen<sup>(6)</sup>.

46. Da es keine einschlägigen EU-Vorschriften dazu gibt, wann eine Dienstleistung eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellt, haben die Mitgliedstaaten bei der Festlegung dieser Dienstleistung und der Gewährung von Ausgleichsleistungen für den Dienstleistungserbringer einen weiten Ermessensspielraum. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich hierbei darauf zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse<sup>(7)</sup> kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, und zu prüfen, ob die Ausgleichleistungen staatliche Beihilfen umfassen. Gelten besondere EU-Vorschriften, so unterliegt der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten diesen Vorschriften, wobei die Verpflichtung der Kommission, zu prüfen, ob die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die Zwecke der Beihilfenkontrolle ordnungsgemäß definiert wurde, davon unberührt bleibt.

47. Das erste *Altmark*-Kriterium verlangt, dass die Betrauung mit einer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse definiert wird. Diese Voraussetzung entspricht der Voraussetzung des Artikels 106 Absatz 2

AEUV<sup>(8)</sup>. Aus Artikel 106 Absatz 2 AEUV geht hervor, dass Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, eine „besonderen Aufgabe“ übertragen wurde<sup>(9)</sup>. Allgemein umfasst die Betrauung mit einer „besonderen Dienstleistungsaufgabe“ die Erbringung von Dienstleistungen, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte<sup>(10)</sup>. Da die Dienstleistung im Interesse der Allgemeinheit erbracht wird, können die Mitgliedstaaten oder die Union besondere Bedingungen für solche Dienstleistungen festlegen.

48. Die Kommission ist daher der Auffassung, dass es nicht zweckmäßig wäre, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen an eine Dienstleistung zu knüpfen, die von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen zu normalen Marktbedingungen, die sich z. B. im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zu der Dienstleistung mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, zufriedenstellend erbracht wird oder erbracht werden kann<sup>(11)</sup>. In Bezug auf die Frage, ob eine Dienstleistung vom Markt erbracht werden kann, beschränkt sich die Kommission darauf zu prüfen, ob dem betreffenden Mitgliedstaat ein offensichtlicher Fehler unterlaufen ist.

49. Ein einschlägiges Beispiel für diesen Grundsatz ist der Breitbandsektor, für den die Kommission bereits klare Ausführungen zu den Arten von Tätigkeiten veröffentlicht hat, die als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können. So vertritt die Kommission insbesondere die Auffassung, dass in Gebieten, in denen private Investoren bereits in Breitbandinfrastruktur investiert haben (oder ihre Netzwerkinfrastruktur gerade ausweiten) und bereits wettbewerbsfähige Breitbanddienste mit einer angemessenen Flächendeckung anbieten, die Einrichtung einer parallelen Breitbandinfrastruktur nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden sollte. Im Gegensatz hierzu können in Fällen, in denen Investoren nicht in der Lage sind, eine angemessene Breitbandversorgung anzubieten, unter bestimmten Bedingungen Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden<sup>(12)</sup>.

50. Die Kommission ist außerdem der Auffassung, dass Dienstleistungen, die als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einzustufen sind, zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden müssen.

<sup>(1)</sup> Siehe Abschnitt 3.2.

<sup>(2)</sup> Siehe Abschnitt 3.3.

<sup>(3)</sup> Siehe Abschnitt 3.4.

<sup>(4)</sup> Siehe Abschnitt 3.5.

<sup>(5)</sup> Siehe Abschnitt 3.6.

<sup>(6)</sup> EuGH, Urteil vom 10. Dezember 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, Rechtssache C-179/90, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 53; EuGH, Urteil vom 17. Juli 1997, *GT-Link A/S gegen De Danske Statsbaner (DSB)*, Rechtssache C-242/95, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 53, EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, *Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl u. a.*, Rechtssache C-266/96, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 45.

<sup>(7)</sup> EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd und BUPA Ireland Ltd/Kommission*, Rechtssache T-289/03, Slg. 2008, II-81, Randnrn. 166-169 und 172; EuG, Urteil vom 15. Juni 2005, *Fred Olsen, SA/Kommission*, Rechtssache T-17/02, Slg. 2005, II-2031, Randnr. 216.

<sup>(8)</sup> EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd und BUPA Ireland Ltd/Kommission*, Rechtssache T-289/03, Slg. 2008, II-81, Randnrn. 171 und 224.

<sup>(9)</sup> Siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 27. März 1974, *BRT/SABAM*, Rechtssache C-127/73, Slg. 1974, 313.

<sup>(10)</sup> Siehe insbesondere Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S.1).

<sup>(11)</sup> EuGH, Urteil vom 20. Februar 2001, *Anallir*, Rechtssache C-205/99, Slg. 2001, I-1271, Randnr. 71.

<sup>(12)</sup> Für die genauen Vorschriften siehe Randnrn. 24-30 der Mitteilung der Kommission — Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl. C 235 vom 30.9.2009, S. 7).

### 3.3 Betrauungsakt

51. Damit Artikel 106 AEUV zur Anwendung kommt, müssen ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sein. Das betreffende Unternehmen muss deshalb vom Staat mit einer besonderen Aufgabe betraut worden sein <sup>(1)</sup>. Auch das erste Altmark-Kriterium besagt, dass das Unternehmen mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein muss. Um der Rechtsprechung in der Sache *Altmark* nachzukommen, ist daher ein öffentlicher Auftrag für die Erbringung der Dienstleistung notwendig, in dem die Verpflichtungen der betreffenden Unternehmen und der Behörde festgehalten sind.
52. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag muss im Wege eines Betrauungsakts vergeben werden, der abhängig von der Gesetzgebung des Mitgliedstaats die Form eines legislativen oder regulatorischen Instruments oder eines Vertrags haben kann. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag kann auch in mehreren Akten festgehalten werden. Nach dem Ansatz, den die Kommission in solchen Fällen verfolgt, müssen der Akt bzw. die Akte zumindest Folgendes festlegen:
- Gegenstand und Dauer der Verpflichtungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen;
  - das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;
  - die Art etwaiger dem Unternehmen durch die betreffende Behörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;
  - die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen und
  - Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation.
53. Die Einbindung des Dienstleistungserbringers in das Verfahren, mit dem er mit einer öffentlichen Dienstleistung beauftragt wird, bedeutet nicht, dass die Aufgabe nicht von einem Behördenakt herrührt, auch wenn die Betrauung auf Antrag des Dienstleistungserbringers erfolgte <sup>(2)</sup>. In einigen Mitgliedstaaten ist es nicht ungewöhnlich, dass Behörden Dienstleistungen finanzieren, die vom Dienstleistungserbringer selbst entwickelt und vorgeschlagen wurden. Die Behörde muss jedoch vor der Gewährung einer Ausgleichsleistung entscheiden, ob sie den Vorschlag des Dienstleistungserbringers genehmigt. Es ist nicht von Bedeutung, ob die notwendigen Elemente des Betrauungsakts direkt in die Entscheidung einfließen, den Vorschlag des Dienstleistungserbringers anzunehmen, oder ob ein separater Rechtsakt, z. B. ein Vertrag mit dem Dienstleistungserbringer, erstellt wird.

### 3.4 Ausgleichsparameter

54. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden, um zu verhindern, dass dem Unternehmen, dem der Ausgleich gewährt wird, ein wirtschaftlicher Vorteil erwächst, der es gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.

55. Die Notwendigkeit, die Ausgleichsparameter vorab festzulegen, bedeutet nicht, dass die Ausgleichsleistungen auf der Grundlage einer besonderen Formel (z. B. einem bestimmten Preis pro Tag/Mahlzeit/Passagier/Nutzeranzahl) berechnet werden müssen. Es muss lediglich von Anfang an feststehen, wie der Ausgleich bestimmt wird.
56. Entscheidet die Behörde, dem Dienstleistungserbringer Ausgleichsleistungen für alle Kostenpositionen zu gewähren, muss sie vorab festlegen, wie diese Kosten bestimmt und kalkuliert werden. Nur die unmittelbar mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Kosten können in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden. Alle Einnahmen, die das Unternehmen mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erzielt, müssen abgezogen werden.
57. Wird dem Unternehmen ein angemessener Gewinn als Teil der Ausgleichsleistung gewährt, müssen im Betrauungsakt außerdem die Kriterien für die Berechnung dieses Gewinns festgelegt sein.
58. Ist eine Überprüfung des Ausgleichsbetrags während des Betrauungszeitraums vorgesehen, müssen im Betrauungsakt die Bestimmungen für diese Überprüfung und ihre möglichen Auswirkungen auf den Gesamtausgleichsbetrag festgelegt werden.
59. Erfolgt die Übertragung der Dienstleistung im Wege einer öffentlichen Ausschreibung, muss die Methode zur Berechnung der Ausgleichsleistungen in den Informationen enthalten sein, die allen Unternehmen, die an der Ausschreibung teilnehmen möchten, übermittelt werden.

### 3.5 Vermeidung von Überkompensation

60. Nach dem dritten Altmark-Kriterium darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten für die Erfüllung der Verpflichtung zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken. Daher muss der Mechanismus zur Auswahl des Dienstleistungserbringers so gewählt werden, dass die Höhe der Ausgleichsleistungen auf Grundlage dieser Elemente bestimmt wird.
61. Als angemessener Gewinn gilt die Kapitalrendite <sup>(3)</sup>, die ein typisches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse über den gesamten Zeitraum der Betrauung erbringt. Die Höhe des Risikos hängt vom Wirtschaftszweig, der Art der Dienstleistung und der Ausgestaltung des Ausgleichsmechanismus ab. Der Renditesatz sollte, wenn

<sup>(1)</sup> Siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 27. März 1974, *Belgische Radio en Televisie/SV SABAM und NV Fonior*, Rechtssache 127-73, Slg. 1974, 313.

<sup>(2)</sup> EuG, Urteil vom 15. Juni 2005, *Fred Olsen, SA/Kommission*, Rechtsache T-17/02, Randnr. 188.

<sup>(3)</sup> Kapitalrendite ist der interne Ertragssatz (*Internal Rate of Return* — IRR), den das Unternehmen während der Laufzeit des Vorhabens mit seinem investierten Kapital erzielen würden, d. h. der IRR im Verhältnis zu den Zahlungsströmen im Rahmen des Vertrags.

möglich, unter Bezugnahme auf die Kapitalrendite bestimmt werden, die bei ähnlichen Verträgen über öffentliche Dienstleistungen unter Wettbewerbsbedingungen erzielt wird (z. B. bei Verträgen, die im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung vergeben werden). Gibt es in einem Wirtschaftszweig kein mit dem mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen vergleichbares Unternehmen, so können vergleichbare Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls in anderen Wirtschaftszweigen herangezogen werden, sofern den Besonderheiten eines jeden Wirtschaftszweigs Rechnung getragen wird. Bei der Ermittlung der Höhe eines angemessenen Gewinns können die Mitgliedstaaten auch Anreizkriterien zugrunde legen, die sich insbesondere auf die Qualität der erbrachten Dienstleistungen und Effizienzsteigerungen bei der Produktivität beziehen. Effizienzsteigerungen dürfen nicht zu Lasten der Qualität der erbrachten Dienstleistungen gehen.

### 3.6 Auswahl des Dienstleistungserbringers

62. Im Einklang mit dem vierten Altmark-Kriterium müssen die gewährten Ausgleichsleistungen entweder das Ergebnis einer öffentlichen Ausschreibung sein, mit dem sich der Bieter ermitteln lässt, der diese Dienstleistungen zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, oder das Ergebnis eines Leistungsvergleichs mit einem durchschnittlichen, gut geführten und mit den notwendigen Mitteln angemessen ausgestatteten Unternehmen.

#### 3.6.1 Höhe der Ausgleichsleistungen in Fällen, in denen die Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Wege einer geeigneten öffentlichen Ausschreibung erfolgt

63. Die einfachste Möglichkeit für Behörden, das vierte Altmark-Kriterium zu erfüllen, besteht, wie oben erläutert, darin, eine offene, transparente und diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung durchzuführen, die mit der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste<sup>(1)</sup> und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge<sup>(2)</sup> im Einklang steht<sup>(3)</sup>. Wie in Randnummer 5 ausgeführt, ist die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung nach geltendem Unionsrecht oft verpflichtend.

64. Auch in Fällen, in denen keine rechtliche Verpflichtung besteht, ist eine offene, transparente und diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung eine angemessene Methode, um verschiedene potenzielle Angebote vergleichen und den Ausgleich so festlegen zu können, dass das Vorliegen einer Beihilfe ausgeschlossen werden kann.

65. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann bei einer öffentlichen Ausschreibung das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nur dann ausgeschlossen werden, wenn das Ver-

fahren gewährleistet, dass sich derjenige Bewerber ermitteln lässt, der diese Dienste zu „den geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ erbringen kann.

66. Was die Merkmale einer Ausschreibung angeht, so ist ein offenes<sup>(4)</sup> Verfahren, das mit den Vorschriften über öffentliche Ausschreibungen im Einklang steht, zweifellos ausreichend, aber auch bei nichtoffenen<sup>(5)</sup> Verfahren kann das vierte Altmark-Kriterium erfüllt sein, es sei denn, interessierten Betreibern wird es ohne stichhaltige Begründung versagt, Angebote einzureichen. Dagegen gewähren Verhandlungsverfahren<sup>(6)</sup> und Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung<sup>(7)</sup> der Bewilligungsbehörde einen weiten Ermessensspielraum und können unter Umständen die Teilnahme interessierter Betreiber einschränken. Daher können sie nur in Ausnahmefällen als ausreichend betrachtet werden, um das vierte Altmark-Kriterium zu erfüllen. Das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung<sup>(8)</sup> kann nicht sicherstellen, dass das Verfahren zur Auswahl des Bieters führt, der die Dienstleistungen zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann.

67. Bei den Vergabekriterien ist mit dem „niedrigsten Preis“<sup>(9)</sup> das vierte Altmark-Kriterium eindeutig erfüllt. Auch das „wirtschaftlich günstigste Angebot“<sup>(10)</sup> wird als ausreichend betrachtet, sofern die Vergabekriterien, einschließlich ökologischer<sup>(11)</sup> oder sozialer Kriterien, eng mit dem Gegenstand der erbrachten Dienstleistung im Zusammenhang stehen und das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht<sup>(12)</sup>. Unter bestimmten Umständen kann ein Rückforderungsmechanismus angemessen sein, um das Risiko der Überkompensation vorab zu minimieren. Es steht der Vergabebehörde frei, Qualitätsstandards festzusetzen, die von allen Wirtschaftsteilnehmern erfüllt werden müssen, oder Qualitätsaspekte in Verbindung mit den verschiedenen Angeboten bei der Vergabeentscheidung zu berücksichtigen.

68. Unter bestimmten Umständen kann es ferner vorkommen, dass ein Ausschreibungsverfahren nicht die geringsten Kosten für die Allgemeinheit sicherstellt, weil es nicht in hinreichendem Maße echten, freien Wettbewerb ermöglicht.

<sup>(4)</sup> Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe a der Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe a der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>(5)</sup> Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe b der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>(6)</sup> Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>(7)</sup> Artikel 30 der Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe a der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>(8)</sup> Artikel 31 der Richtlinie 2004/18/EG. Siehe auch Artikel 40 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>(9)</sup> Artikel 53 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 55 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>(10)</sup> Artikel 53 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 55 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2004/17/EG; EuGH, Urteil vom 20. September 1988, *Beentjes*, Rechtssache 31/87, Slg. 1988, 4635; EuGH, Urteil vom 26. September 2000, *Kommission/Frankreich*, Rechtssache C-225/98, Slg. 2000, I-7445; EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2001, *SIAC Construction*, Rechtssache C-19/00, Slg. 2001, I-7725.

<sup>(11)</sup> Siehe z. B. die neue Ausgabe von „Umweltorientierte Beschaffung! Ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen in Europa“, veröffentlicht im Internet unter [http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying\\_handbook\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm)

<sup>(12)</sup> D. h., die Kriterien sind so festzulegen, dass sie einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen, in dessen Rahmen die Vorteile für den Bieter, der den Zuschlag erhält, so gering wie möglich ausfallen.

<sup>(1)</sup> ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.

<sup>(2)</sup> ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

<sup>(3)</sup> Die Kommission beabsichtigt, diese Mitteilung zu ändern, sobald die neuen Vorschriften der Union über das öffentliche Auftragswesen angenommen sind, und zu klären, inwiefern die Anwendung der nach den neuen Vorschriften vorgesehenen Verfahren für Beihilfeszwecke relevant ist.

Dies kann z. B. der Fall sein bei besonderen Merkmalen der fraglichen Dienstleistung, bestehenden Rechten des geistigen Eigentums oder aufgrund der Tatsache, dass die erforderliche Infrastruktur im Eigentum eines bestimmten Betreibers steht. Analog dazu kann auch bei Ausschreibungen, bei denen nur ein einziges Angebot abgegeben wird, nicht davon ausgegangen werden, dass durch das Verfahren hinreichend sichergestellt ist, dass die geringsten Kosten für die Allgemeinheit verursacht werden.

3.6.2 *Höhe der Ausgleichsleistung in Fällen, in denen die Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht im Wege einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt*

69. Besteht für eine bestimmte Dienstleistung eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung, so stellt diese den besten Anhaltspunkt für die Höhe der Ausgleichsleistung dar, wenn es keine öffentliche Ausschreibung gibt <sup>(1)</sup>.
70. Besteht eine solche marktübliche Vergütung nicht, muss die Höhe der Ausgleichsleistung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das so angemessen mit Sachmitteln ausgestattet ist, das es den gestellten Anforderungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen entstünden, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die hohen Kosten eines ineffizienten Unternehmens nicht als Anhaltswert herangezogen werden.
71. Da es für den Begriff des „gut geführten Unternehmens“ keine offizielle Definition gibt, sollten die Mitgliedstaaten objektive Kriterien heranziehen, die aus wirtschaftlicher Sicht als typisch für eine zufriedenstellende Unternehmensführung anerkannt sind. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die Gewinnerzielung allein kein ausreichendes Kriterium ist, um als „gut geführtes“ Unternehmen zu gelten. Ferner sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die finanziellen Ergebnisse von Unternehmen, vor allem in Wirtschaftszweigen, in denen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse am häufigsten anfallen, möglicherweise stark durch deren Marktmacht oder sektorspezifische Vorschriften beeinflusst sind.
72. Die Kommission ist der Ansicht, dass der Begriff des „gut geführten Unternehmens“ die Einhaltung der geltenden Rechnungslegungsmaßnahmen auf nationaler, Unions- und internationaler Ebene voraussetzt. Die Mitgliedstaaten können ihre Prüfung unter anderem auf analytische Quotienten stützen, die Auskunft über die Produktivität geben (z. B. Umsatz im Verhältnis zum investierten Kapital, Gesamtkosten im Verhältnis zum Umsatz, Umsatz pro Mitarbeiter, Wertschöpfung pro Mitarbeiter oder Personalkosten im Verhältnis zur Wertschöpfung). Die Mitgliedstaaten können außerdem analytische Quotienten für die Qualität der erbrachten Dienstleistungen im Verhältnis zu den Er-

wartungen der Nutzer verwenden. Ein mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrautes Unternehmen, das die vom betreffenden Mitgliedstaat festgelegten Qualitätskriterien nicht erfüllt, ist kein gut geführtes Unternehmen, auch wenn dessen Kosten gering sind.

73. Unternehmen, deren analytische Quotienten für eine effiziente Geschäftsführung sprechen, können als repräsentative durchschnittliche Unternehmen betrachtet werden. Analyse und Vergleich der Kostenstrukturen müssen jedoch auch die Größe des betreffenden Unternehmens sowie die Tatsache berücksichtigen, dass in bestimmten Wirtschaftszweigen Unternehmen mit sehr unterschiedlichen Kostenstrukturen wirtschaften.
74. Die Bezugnahme auf die Kosten eines „durchschnittlichen“ Unternehmens in dem zu betrachtenden Wirtschaftszweig setzt voraus, dass es genügend Unternehmen gibt, deren Kosten berücksichtigt werden könnten. Diese Unternehmen können im selben Mitgliedstaat oder in anderen Mitgliedstaaten ansässig sein. Die Kommission vertritt jedoch die Auffassung, dass nicht auf Kosten Bezug genommen werden kann, die einem Unternehmen entstehen, das ein Monopol innehat oder Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zu Bedingungen erhält, die nicht mit dem Unionsrecht im Einklang stehen, da das Kostenniveau in beiden Fällen höher sein kann. Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen alle Kosten, die im Zusammenhang mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstehen, d. h. die direkten Kosten, die für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sind, sowie ein angemessener Anteil der indirekten Kosten, die sowohl durch die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als auch bei anderen Tätigkeiten anfallen.
75. Kann der Mitgliedstaat belegen, dass die Kostenstruktur des mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens der durchschnittlichen Kostenstruktur eines effizienten und vergleichbaren Unternehmens im zu betrachtenden Wirtschaftszweig entspricht, gilt bei einem Ausgleichsbetrag, mit dem das Unternehmen seine Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns decken kann, das vierte Altmark-Kriterium als erfüllt.
76. Als „angemessen mit Sachmitteln ausgestattet Unternehmen“ gilt ein Unternehmen, das über die Ressourcen verfügt, die für die sofortige Erfüllung der öffentlichen Dienstleistungen, mit denen das für die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen beauftragt ist, erforderlich sind.
77. Wie in Abschnitt 3.5 ausgeführt, gilt als angemessener Gewinn die Kapitalrendite <sup>(2)</sup>, die ein typisches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse über den gesamten Zeitraum der Betrauung erbringt.

<sup>(1)</sup> Siehe z. B. Entscheidung der Kommission vom 21. Oktober 2008 über die staatliche Beihilfe C 49/06 (ex NN 65/06), die Italien Poste Italiane als Vergütung für den Vertrieb von „buoni fruttiferi postali“ gezahlt hat (Abl. L 189 vom 21.7.2009, S. 3).

<sup>(2)</sup> Kapitalrendite ist der interne Ertragssatz (*Internal Rate of Return* — IRR), den das Unternehmen während der Laufzeit des Vorhabens mit seinem investierten Kapital erzielen würden, d. h. der IRR im Verhältnis zu den Zahlungsströmen im Rahmen des Vertrags.