

Compliance in der öffentlichen Wirtschaft

Bungartz / Kahle

2023

ISBN 978-3-406-77523-9

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

E. Zusammenfassung

Zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Wirtschaft, ist es notwendig, dass sie Waren und Dienstleistungen beschafft und Bauaufträge vergibt. Daher ist es unumgänglich, dass sich öffentliche Auftraggeber frühzeitig mit den Anforderungen des Vergaberechts vertraut machen und entsprechende Regeln und Strukturen in ihrer Organisation implementieren. Versäumnisse in diesem Bereich treffen in erster Linie den Auftraggeber selbst. Sei es durch die zeitliche Verzögerung, den umsonst getätigte Aufwand für ein Vergabeverfahren, das nicht mit einem Zuschlag enden kann, die Reputationsschäden in der Öffentlichkeit oder aber auch von Fehlverhalten, die zu delikts- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit führen. 95

Die vergaberechtlichen Vorschriften sind vielfältig. Daher ist es empfehlenswert, dass Auftraggeber Richtlinien erstellen und Vorgaben schaffen, die auf ihre Organisation und ihre Bedürfnisse abgestimmt sind. Dabei ist zu beachten, dass sich die anzuwendenden Vorschriften nicht allein nach dem Auftraggeber, sondern auch nach dem Leistungsgegenstand und dessen Wert bestimmen. Somit erfordert auch jedes Verfahren eine Einzelfallbetrachtung. Je nachdem, auf welchem Markt der Auftraggeber beschafft und wieviel Fachwissen in seiner Organisation vorhanden ist, kann es sinnvoll sein, sich vorab externe fachliche oder rechtliche Unterstützung zu beschaffen oder eine umfangreiche Marktanalyse vorzunehmen. Bereits vor Beginn des Verfahrens ist zudem auf eine ausführliche und fortlaufende Dokumentation zu achten. 96

Das Vergaberecht ist ein sich sehr dynamisch entwickelndes Rechtsgebiete, welches regelmäßig Änderungen unterworfen ist. Daher ist es notwendig sich fortlaufend über Änderungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung zu informieren und diese in die internen Vorgaben und Abläufe zu implementieren. Zudem sollten regelmäßige Schulung des für die Beschaffung einzusetzenden Personals stattfinden. 97

Für die Organisation bieten sich eine Vielzahl von Möglichkeiten, die rechtlichen Anforderungen umzusetzen. Von der Einbindung der Beschaffungsabteilung in Planungen zu Budget und Unternehmensstrategien, die Festlegung von niederschweligen Kontrollmechanismen, wie dem „Vier-Augen-“ oder Rotationsprinzip, der Erstellung von Richtlinien, Pflichtenheften und Checklisten, sowie Standarddokumenten. Berücksichtigt werden sollten aber auch Verhaltensvorgaben für die Mitarbeiter und das Anbieten und Nachhalten regelmäßiger Weiterbildungsmöglichkeiten. Durch die Verpflichtung zur Durchführung von Ausschreibungsverfahren als E-Vergabe, ergeben sich zum einen erhöhte Anforderungen an die IT-Systeme der Auftraggeber, zum anderen können diese Systeme aber auch die Dokumentation erleichtern und eine unerwünschte telefonische Kontaktaufnahme erschweren. 98

Welche Instrumente und Maßnahmen für einen Auftraggeber oder eine Organisation sinnvoll sind, ist eine individuelle Entscheidung, die nach den Bedürfnissen und Gegebenheiten des Einzelfalls zu treffen ist. 99

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 6. Beihilfenrecht

Literatur

Alpha, der kommunale Querverbund als europarechtswidrige Beihilfe?, NVwZ 2021, 598; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020; Berger/Dimova/Terko, Zum Achemos-Urteil des EuG: Eine lang erwartete Konkretisierung des angemessenen Gewinns im Sinne des Art. 5 Abs. 5 des DAWI-Freistellungsbeschlusses, BRZ 2020, 195; Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013; Burgi, Die Handlungsformkategorie des Betrauungsakts im EU-Beihilfenrecht, EuZW 2017, 90; Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022; Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts; Erdmann, Kommunale Bürgschaften und andere Garantien im Spiegel des Europäischen Beihilfenrechts, in: Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht, 2018, S. 43; Faasch/Praefke, Finanzierung kommunale Teilnehmungsunternehmen im Lichte des Beihilfenrechts, Versorgungswirtschaft 2021, 293; Frenz, Beihilfenverbot und Vergaberecht, VergabeR 2021, 282; Gimmich, Typische Compliance-Themen von Stadtwerken, CB 2014, 195; Goffart, Die Beihilfenrückforderung als logische und verhältnismäßige Folge der Rechtswidrigkeit einer Beihilfe?, NVwZ 2021, 1340; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union; Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003; Hertel, Grundstücksverkäufe durch die öffentliche Hand, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 6; Jennert/Pauka, EU-Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis, Teil 1, KommJur 2009, 321, Jennert/Manz, EU-Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis, Teil 2, KommJur 2009, 367; Kahle, Kommentar zu EuG, Beschluss vom 10.6.2014 – T-172/14 R, EWS 2014, 288; Kleve/Gayger, Die Rekommunalisierung in der Beihilfenrechtsfalle?, NVwZ 2018, 273; Kredel/Niejahr/Kresken, Kartell- und beihilfenrechtliche Compliance in öffentlichen Unternehmen, CB 2014, 199; Ohrtmann/Gimmich, Compliance, 2. Aufl. 2013; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 9. Aufl. 2021; Pauly/Jedlitschka, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die Praxis, DVBl. 2012, 1269; Petzold, Kommunale Unternehmen und Beteiligungen im Lichte des EU-Beihilfenrechts, in: Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht, 2018, S. 21; ders., Das DAWI-Paket 2012 – neue EU-Regeln für gemeinwirtschaftliche Leistungen, NordÖR 2012, 396; Risch, Europäisches Beihilfenrecht, KommJur 2015, 10; Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2018; Schröder, Vergabe- und Beihilfenrecht, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, S. 615 ff.; Soltész, Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilfenrecht im Jahre 2019, EuZW 2020, 5; Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018; Wagner/Lemonnier, Zwischen wirtschaftlichem und staatlichem Charakter, EuZW 2021, 45; Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht: Substanz und Verfahren, in: Weiß, Kommunales EU-Beihilfenrecht, 2018, S. 9; Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

A. Einleitung

Zweck des Beihilfenrechts¹ ist es, durch staatliche Mittel der öffentlichen Hand hervorge- 1
rufene Eingriffe in den Wettbewerb zu verhindern und dadurch fairen Wettbewerb zwi-
schen Unternehmen zu gewährleisten.² Das Beihilfenrecht hat in der Vergangenheit
erheblich an Bedeutung gewonnen. Grund hierfür ist das Bewusstsein für wettbewerbsver-
fälschende staatliche Maßnahmen einerseits und andererseits die Erkenntnis, dass das Bei-
hilfenrecht auch in Konkurrenzsituationen dem Wettbewerber Rechtsschutz gewährt. Das
Beihilfenrecht schützt vor wettbewerbsverzerrende Beihilfen der öffentlichen Hand an ein-
heimische Unternehmen. Als Beihilfenempfänger kommen dabei sämtliche Unternehmen,
folglich auch kommunale Unternehmen in Betracht. **Kommunen und kommunale
Unternehmen** müssen bei ihren Maßnahmen somit ebenfalls das europäische Beihilfen-
recht beachten. Nach den beihilfenrechtlichen Grundlagen ist es grds. verboten,
Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil zu gewähren, ohne dass dies zuvor durch die
Europäische Kommission genehmigt worden ist. Hintergrund für dieses grundlegende
Beihilfenverbot ist es, dass der Wettbewerb in der Europäischen Union nicht durch Zah-
lungen zugunsten von Unternehmen verfälscht wird.

¹ Das europäische Beihilfenrecht ist nicht zu verwechseln mit dem Recht der Beihilfe iSd finanziellen Unter-
stützung des Dienstherren für deutsche Beamte, Soldaten und Richter, deren Kinder sowie deren Ehepart-
ner in Krankheits-, Geburts-, Pflege- und Todesfällen.

² WSG Komm. Unternehmen/Schröder H. Rn. 253.

- 2 Für die öffentliche Wirtschaft spielt das Beihilfenrecht schon deshalb eine besondere Bedeutung, weil viele kommunale Unternehmen oder einzelne Geschäftsfelder dauerhaft defizitär wirtschaften. Bei diesen Geschäftsfeldern handelt es sich regelmäßig um Aufgaben der **Daseinsvorsorge** also Aufgaben, an denen ein besonders öffentliches Interesse besteht. Als Beispiel für den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts im kommunalen Bereich soll hier der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) genannt werden, der ohne staatliche Subventionen nicht wirtschaftlich betrieben werden könnte. Gleiches gilt für Tourismus- und Kulturbetriebe, Bäder oder Sozialeinrichtungen. Aber auch bei Grundstücksgeschäften, Unternehmensbeteiligungen, der Gewährung von Darlehen oder der Übernahme von Bürgschaften ist das Beihilfenrecht zu beachten.
- 3 Für öffentliche Unternehmen ist bei der Prüfung von Beihilfen der IDW Prüfungsstandard „Prüfung von Beihilfen nach Artikel 107 AEUV insbes. zugunsten öffentlicher Unternehmen“ (**IDW PS 700**) zu beachten. Öffentliche Unternehmen müssen sowohl als Empfänger von Beihilfen oder als Beihilfengeber beihilfenrechtliche Anforderungen einhalten.³ Ziel der beihilfenrechtlichen Compliance ist es, Subventionen beihilfenkonform zu erhalten bzw. zu behalten oder zu gewähren. Für Kommunen geht mit der Gewährung von Beihilfen ein umfassender Prüfungs- und gegebenenfalls weitere Anmelde-, Dokumentations- und Kommunikationspflichten einher.⁴ Kommen sie diesen Pflichten nicht nach, kann dies auch für das öffentliche Unternehmen, welches Beihilfen erhält zu weitreichenden Konsequenzen führen. Als Beihilfengeber müssen öffentliche Unternehmen ihrerseits diesen Pflichten nachkommen.

B. Rechtliche Grundlagen

- 4 Die rechtlichen Grundlagen des Beihilfenrechts finden sich ausschließlich im Europarecht. Die sogenannte „**Verfassung des Beihilfenrechts**“ ist im Primärrecht, dh im Vertrag zur Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankert. Dabei handelt es sich um die Art. 107 und 108 AEUV.
- 5 Art. 107 Abs. 1 AEUV hat folgenden Wortlaut:
„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, 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 Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“
- 6 Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV enthalten Rechtfertigungstatbestände für bestimmte Arten von Beihilfen. Bevor eine Beihilfe gewährt wird, ist diese grds. bei der Europäischen Kommission anzuzeigen (sog. Notifizierungsverfahren). Gleichzeitig kontrolliert die Europäische Kommission fortlaufend die bestehenden Beihilferegulungen sowie etwaige Verstöße gegen das europäische Beihilfenrecht. Das Verfahren wird in Art. 108 AEUV grundlegend geregelt. Maßgeblich ist das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV:
„Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.“
- 7 Neben dem Primärrecht ist das Beihilfenrecht in einer ganzen Reihe **sekundärrechtlicher** Vorschriften näher ausgestaltet. Daneben hat die Europäische Kommission als „Hüterin des Beihilfenrechts“ **Mitteilungen** veröffentlicht, welche ebenfalls zur Auslegung des Beihilfenrechts herangezogen werden können. Dabei ist zu beachten, dass die Europäische Kommission die Rechtsgrundlagen laufend den tatsächlichen und rechtlichen Entwicklungen

³ Kredel/Niejahr/Kresken CB 2014, 199 (200).

⁴ Weiß Kommunales EU-Beihilfenrecht/Weiß S. 9, 11.

gen anpasst, was das Beihilfenrecht zu einem dynamischen Rechtsgebiet macht.⁵ Die Rechtsgrundlagen im Sekundärrecht lassen sich in prozedurale Regelungen und materielle Regelungen unterteilen, wobei nachfolgend nur die wesentlichen Regelungen erwähnt werden können.⁶

I. Prozedurale Regelungen

Verordnung (EU) 2015/1588 des Rates vom 13.7.2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen.⁷ Die Verordnung ermächtigt die Europäische Kommission zum Erlass von Verordnungen – die sogenannten Gruppenfreistellungsverordnungen –, um bestimmte Gruppen staatlicher Beihilfen von der allgemeinen Anmeldepflicht bei der Kommission zur Genehmigung zu befreien. Mit den Gruppenfreistellungsverordnungen erklärt die Kommission, dass bestimmte Gruppen von Beihilfen mit Art. 107, 108 AEUV vereinbar und damit von der üblichen Anmeldepflicht befreit sind. Auf der Grundlage der Vorgängerverordnung⁸ wurde die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung erlassen.⁹ Ferner können auf der Grundlage dieser Verordnung bestimmte Arten von Beihilfen von der üblichen Anmeldepflicht befreit werden, wenn die dem jeweiligen Unternehmen über einen bestimmten Zeitraum gewährte Beihilfe einen festgesetzten Betrag nicht überschreitet („De-minimis-Regelung“).¹⁰

Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹¹ (sog. Verfahrensverordnung). Die Verordnung regelt das Verfahren der Anmeldung von Beihilfen zur Genehmigung bei der EU-Kommission, das Prüfverfahren, das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen, die Rückforderung von Beihilfen und die Verjährung von Rückforderungsansprüchen der EU-Kommission. Diese Verordnung wird ergänzt durch die sog. Durchführungsverordnung¹² mit einer Vielzahl an Anlagen, die unter anderem Formulare für das Beihilfverfahren enthalten.

II. Materieellrechtliche Regelungen

Der Umgang mit Beihilfen wird sowohl durch Europäische Verordnungen und eine ganze Reihe an Mitteilungen der Europäischen Kommission konkretisiert.

⁵ So führt die Europäische Kommission bspw. aktuell eine Konsultation zu vorgeschlagenen Änderungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) durch.

⁶ Eine umfassende Darstellung der beihilfenrechtlichen Legislativakte findet sich unter https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/legislation_en.

⁷ ABl. 2015 L 248, 1, geändert durch Verordnung (EU) 2018/1911 des Rates vom 26.11.2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/1588 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. 2018 L 311, 8.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7.5.1998 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen.

⁹ Siehe hierzu unter → Rn. 11, 77 ff.

¹⁰ Die geltenden De-minimis-Regelungen sind wie die AGVO auf der Grundlage der Vorgängerverordnung (→ Fn. 5) erlassen worden.

¹¹ ABl. 2015 L 248, 9.

¹² Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21.4.2004 zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2004 L 140, 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2016/2105 der Kommission vom 1.12.2016 zur Änderung von Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 in Bezug auf das für die Anmeldung staatlicher Beihilfen für den Fischerei- und Aquakultursektor zu verwendende Formular (ABl. 2016 L 327, 19).

- 11 Mit der sogenannten **Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)**¹³ werden besondere Gruppen von Beihilfen von der Anmeldung bei der Europäischen Kommission ausgenommen. Die AGVO befreit somit die EU-Länder von der Anmeldepflicht, sofern alle AGVO-Kriterien erfüllt sind. Die Verordnung regelt die Voraussetzungen, nach denen Beihilfen in 12 Bereichen von der Anmeldepflicht befreit sind. Bei von der Verordnung erfassten Beihilfen handelt es sich um Regionalbeihilfen; Beihilfen für KMU in Form von Investitionsbeihilfen, Betriebsbeihilfen und Beihilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen; Umweltschutzbeihilfen; Beihilfen für Forschung und Entwicklung und Innovation; Ausbildungsbeihilfen; Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit Behinderungen; Beihilfen zur Bewältigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen; Sozialbeihilfen für die Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete; Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen; Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes; Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen und schließlich Beihilfen für lokale Infrastrukturen. Die Freistellung folgt dem Grundsatz der EU-Kommission, sich auf große Beihilfen zu beschränken. Gleichzeitig dient sie der Verringerung des Verwaltungsaufwands für nationale und lokale Behörden. Die Verordnung galt zunächst bis zu 13.12.2020. Allerdings wurde die Geltungsdauer bis zum 31.12.2023 verlängert¹⁴.
- 12 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen (**De-Minimis-Verordnung**)¹⁵. Mit der De-minimis-Verordnung werden Kleinbeihilfen bis zu einem Betrag von 200.000 EUR von der Anmeldepflicht ausgenommen. Hintergrund hierfür ist, dass bei diesen Beihilfen davon ausgegangen wird, dass sie keinen Einfluss auf den Wettbewerb und den Handel des Binnenmarkts der EU haben.
- 13 Bei den Mitteilungen ist insbes. die Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, die sog. „Notion of Aid“ (NoA)¹⁶ zu erwähnen. In der Mitteilung werden zunächst die Tatbestandsmerkmale der Beihilfe anhand der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte (EuGH und EuG) definiert. Dabei wird auch auf spezifische Themen detailliert eingegangen.
- 14 Mit dem sog. **Almunia-Paket** wurden bereichsspezifische Sonderregelungen für **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** (DAWI) von der Europäischen Kommission erlassen. DAWI nehmen vor allem in der kommunalen Praxis breiten Raum ein. Zu den DAWI gehören bspw. Schwimmbäder, Tourismusbetriebe, Kindergärten, Musikschulen, Mehrzweckhallen, oder Infrastrukturbetriebe, wie bspw. Häfen oder Flughäfen. Die Erbringung dieser Tätigkeiten ist regelmäßig defizitär, weshalb die Kommunen Ausgleichsleistungen hierfür zahlen. Ausgleichsleistungen erfüllen regelmäßig den Tatbestand einer Beihilfe. Nach der „Altmark-Trans“-Rechtsprechung des EuGHs¹⁷ liegt hingegen keine Beihilfe vor, wenn folgende vier Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind:

¹³ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

¹⁴ Verlängerung durch die Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2.7.2020 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen, ABl. 2020 L 215, 3.

¹⁵ ABl. 2013 L 352, 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2.7.2020 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen (C/2020/4349), ABl. 2020 L 215, 3.

¹⁶ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (C/2016/2946), ABl. 2016 C 262, 1.

¹⁷ EuGH EuZW 2003, 496 – Altmark-Trans.

1. Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut (sog. Betrauungsakt) sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein;
2. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
3. Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
4. Erfolgt 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, 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 Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, tragen müsste.

Zum Almunia-Paket zählen

- die sog. DAWI-Mitteilung,
- der DAWI-Freistellungsbeschluss,
- der DAWI-Rahmen und
- die DAWI-De-minimis-Verordnung.

15

Die DAWI-Mitteilung und der DAWI-Rahmen sind keine Rechtsakte, sie binden lediglich die EU-Kommission intern bei der Ausübung ihres Ermessens.¹⁸ Das zuletzt bis 31.12.2020 befristete Almunia-Paket ist erneut um drei Jahre bis zum 31.12.2023 verlängert worden.¹⁹ Die **DAWI-Mitteilung** enthält Begriffsdefinitionen und allgemeine Erläuterungen. Eine klare Begriffsbestimmung des DAWI-Begriffs enthält die Mitteilung aber nicht. Auch existieren keine einschlägigen EU-Vorschriften dazu, wann eine Dienstleistung eine DAWI darstellt.²⁰ Vielmehr stellt die Kommission klar, dass die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Festlegung der DAWI haben. Grund hierfür ist unter anderem, dass sich der Begriff der DAWI beständig weiterentwickelt und von den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger, den technischen Entwicklungen und Marktentwicklungen sowie den sozialen und politischen Präferenzen im betreffenden Mitgliedstaat abhängt.²¹ Die Kompetenz zur Qualifizierung einer bestimmten Tätigkeit als „im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ liegend obliegt den Mitgliedstaaten und damit in Deutschland vor allem den Kommunen als Träger der örtlichen Daseinsvorsorge.²² Nach dem damaligen Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse muss es sich (1.) um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln, die (2.) von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die (3.) das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht wird.²³ Nach der Rechtsprechung handelt es sich um „Leistungen zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs“.²⁴ Hierin unterscheiden sich die DAWI-Tätigkeiten insbes. von den Dienstleistungen, die einem privaten Interesse dienen und dem Wettbewerbsgedanken hinreichend Rechnung tragen, auch wenn

¹⁸ Petzold NordÖR 2012, 396.

¹⁹ VO (EU) 2020/1474, ABl. L 337, S. 1.

²⁰ EuG BeckRS 2014, 81172 Rn. 45.

²¹ DAWI-Mitteilung Rn. 45.

²² DAWI-Mitteilung Rn. 46; Heidenhain EU-BeihilfenR-HdB/Montag/Leibenath § 30 Rn. 5 ff.

²³ KOM(2003) 270 endg., S. 8.

²⁴ EuGH NVwZ 1993, 874 Rn. 15 – Corbeau; EuG EuZW 1996, 660 Rn. 116 – Métropole télévision; Urt. v. 27.2.1997 – T-106/95 Rn. 67 – FFSA.

Letzteres kollektiv von der Gesellschaft oder vom Staat als legitim oder wohl­tätig anerkannt sein kann.²⁵

- 17 Von einem **universalen Charakter** ist dann auszugehen, wenn die Aufgabe für die gesamte Bevölkerung zugänglich ist. Das Kriterium der Universalität verlangt hingegen nicht zwingend, dass die gesamte Bevölkerung die DAWI auch tatsächlich in Anspruch nimmt oder dass sie ein gemeinsames Bedürfnis der gesamten Bevölkerung befriedigt.²⁶ Des Weiteren muss die Aufgabe nicht im gesamten Hoheitsgebiet erbracht werden. Ein beschränkter räumlicher oder sachlicher Anwendungsbereich der Dienstleistung schließt den universalen Charakter nicht aus.²⁷ Ausreichend ist, dass die Dienstleistung zu nicht diskriminierenden Tarifen und für alle Kunden vergleichbaren Qualitätsbedingungen angeboten werden.
- 18 Die Ausübung einer DAWI setzt immer auch einen **Betrauungsakt** voraus, der in Form eines Verwaltungsakts, einer gesetzlichen Regelung oder eines (öffentlich-rechtlichen) Vertrages ergehen kann.²⁸ Hierdurch wird der obligatorische Charakter der Dienstleistung zum Ausdruck gebracht. Der Betrauungsaktes muss nach der DAWI-Mitteilung mindestens Folgendes festlegen:
- Gegenstand und Dauer der Verpflichtung 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 Ausgleichsleistung und
 - Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation.²⁹
- Diese Anforderungen werden in der Mitteilung näher erläutert.
- 19 Der **DAWI-Freistellungsbeschluss** bestimmt, unter welchen Bedingungen eine Beihilfe von der Anmeldung bei der EU-Kommission freigestellt ist. Art. 106 Abs. 2 AEUV setzt voraus, dass tatbestandlich eine Beihilfe vorliegt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn alle Altmark-Trans-Kriterien erfüllt sind. Es bietet sich daher eine zweistufige Prüfung an, nach der auf der ersten Stufe geprüft wird, ob die Altmark-Kriterien erfüllt sind. Ist dies der Fall, liegt keine Beihilfe vor. Sind die Altmark-Kriterien nicht erfüllt, ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob der Freistellungsbeschluss zur Anwendung kommt. Der DAWI-Freistellungsbeschluss ist dabei auf Beihilfen in bestimmten Sektoren anwendbar (Krankenhäuser, Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste, Langzeitpflege, Kinderbetreuung, Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, sozialer Wohnungsbau, Flug- und Schiffsverkehr zu Inseln, Dienstleistungen für Flug- und Seeverkehrshäfen) sowie übergreifend für Beihilfen, für die die Ausgleichsleistungen 15 Mio. EUR im Jahr nicht übersteigen, mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur.³⁰ Ferner werden in dem DAWI-Freistellungsbeschluss die Anforderungen an die Betrauung, den Ausgleich und die Kontrolle einer Überkompensation geregelt.
- 20 Der **DAWI-Rahmen** enthält Regelungen für Beihilfen, die nicht nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss freigestellt sind. Diese Beihilfen sind somit bei der EU-Kommission anzumelden, können von dieser aber unter den im DAWI-Rahmen aufgeführten Voraussetzungen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden.³¹ Entsprechend der De-minimis-Verordnung regelt die **DAWI-De-minimis-Verordnung** regelt, welche Aus-

²⁵ EuGH BeckRS 2004, 74716 Rn. 27; EuG BeckRS 2008, 70248 Rn. 178; MüKoWettbR/Wolf DAWI Rn. 97.

²⁶ EuG BeckRS 2008, 70248 Rn. 186; GSH/Mederer AEUV Nach Art. 107 Rn. 626.

²⁷ EuG BeckRS 2008, 70248 Rn. 187.

²⁸ So auch Petzold NordÖR 2012, 396 (397).

²⁹ DAWI-Mitteilung Rn. 52.

³⁰ Berger/Dimova/Terko BRZ 2020, 195 (196).

³¹ Vgl. näher Berger/Dimova/Terko BRZ 2020, 195 (197).