

Stand: 16./17.10.2003

**Leistungen der Daseinsvorsorge**

**Konzept zur Rechts- und Planungssicherheit  
für die Kommunen  
im  
Rahmen EU-rechtlicher Vorgaben**

(Bericht des AK III "Kommunale Angelegenheiten")

## **Inhalt**

### **A. Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa - Sachstand September 2003 -**

- I. Einleitung
- II. Konsequenzen des EU-Wettbewerbsrechts, insbesondere beihilferechtliche Fragen
  1. Vorgaben der Europäischen Kommission
  2. Probleme für die Kommunen ...
    - 2.1 ... bei Nachweis des Nichtvorliegens einer Beihilfe
    - 2.2 ... bei möglicher Ausschreibungspflicht
- III. Nichtanwendbarkeit des europäischen Beihilferechts bei nicht-wirtschaftlichen und bei rein lokalen Leistungen
  1. Anhaltspunkte für nichtwirtschaftliche Dienstleistungen, die nicht dem Beihilferecht unterfallen
  2. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten  
Allgemeine Kriterien, wann eine kommunale Leistung der Daseinsvorsorge eine Beeinträchtigung des gemeinwirtschaftlichen Marktes nicht befürchten lässt

### **B. Überlegungen zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei kommunalen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Rahmen des EU-Rechts**

- I. Ausgangspunkt: Bisherige Praxis der KOM
- II. Konzept für die Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch die Kommunen
- III. De-minimis-Regel für lokale Dienste

## **Anlage**

### **C. Empfehlung zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei kommunalen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Rahmen des EU-Rechts**

- I. Einleitung
- II. EU-rechtliche Grundlagen für Leistungen der Daseinsvorsorge
  1. Keine Anwendung des EU-Beihilferechts
  2. Prüfkriterien nach Art. 86 Abs. 2 EGV

## **A. Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa - Sachstand September 2003 -**

### **I. Einleitung**

Die Kommunen in Deutschland gewährleisten in den unterschiedlichsten Bereichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Dieser dem Art. 86 Abs. 2 EGV entnommene Begriff entspricht weitestgehend den sog. Leistungen der „Daseinsvorsorge“, wie dieser Dienstleistungsbereich in Deutschland traditionell und allgemein bezeichnet wird. In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung des Wettbewerbsgedankens, vor dem Hintergrund der bestehenden Wettbewerbsregeln der EU und wegen der sich in letzter Zeit häufenden Aussagen insbesondere der EU-Kommission zur Anwendbar- bzw. Handhabbarkeit des EU-Wettbewerbsrechts stellt sich verstärkt die Frage, welche Bedeutung bzw. Konsequenzen die EU-Regeln auch und gerade im Bereich der sog. Daseinsvorsorge entfalten.

Üblicherweise und im Rahmen des deutschen Rechts steht den Kommunen eine weitgehende Gestaltungsfreiheit in der Frage zu, auf welche Weise – selbst, durch eigene Unternehmen oder durch Beauftragung eines anderen Unternehmens – sie ihre Daseinsvorsorgefunktionen erfüllen. Von dieser Freiheit machen die Kommunen auf Grund ihres kommunalpolitischen Selbstverständnisses und in der Hauptsache zur Verfolgung dementsprechender Ziele Gebrauch. Die so entstandenen bzw. entstehenden Unternehmen zeichnen sich regelmäßig dadurch aus, dass sie zuvörderst und als wichtigste Legitimationsgrundlage der kommunalen Wirtschaft einen öffentlichen Zweck zu erfüllen und oft gleichzeitig sowie hiermit zusammenhängend der Steuerung und Umsetzung weiterer kommunalpolitischer Ziele beispielsweise im sozialen, kulturellen, infrastrukturellen Bereich, in Bezug auf den Umweltschutz oder auf die Belebung und Stabilisierung der örtlichen Wirtschaft bzw. des örtlichen Arbeitsmarktes zu dienen haben. Daneben und ohne Einfluss hierauf sind den Kommunen hierbei oft Gewährleistungs- bzw. Aufgabenwahrnehmungspflichten fachgesetzlich auferlegt, deren Erfüllung in betrieblicher bzw. unternehmerischer Weise erfolgt. Kommunale Unternehmen und Betriebe unterscheiden sich somit wegen ihrer klaren Ausrichtung auf öffentliche bzw. politische Zwecke und Ziele trotz der oft ähnlichen oder gar gleichen äußeren Erscheinungsform im Wesenskern von privaten Unternehmen, deren Leistungen ausschließlich oder zumindest in der Hauptsache auf Gewinnerzielung angelegt sind und sein müssen.

Die Erbringung dieser Leistungen ist aufgrund ihres allgemeinwirtschaftlichen Charakters nicht immer kostendeckend möglich. Die fehlende Kostendeckung erfordert in vielen Fällen öffentliche Zuschüsse zugunsten der Unternehmen, die diese Leistungen erbringen. Bislang hatte die EU-Kommission die Auffassung vertreten, dass öffentliche Zuschüsse an private oder auch öffentliche Unternehmen grundsätzlich dem Regelungsbereich des EU-Beihilfenrechts als Teil des EU-Wettbewerbsrechts unterliegen und deshalb ihr zur Notifizierung vorzulegen seien. Mittlerweile hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) jedoch klar gestellt (EuGH, Entscheidung vom 24. Juli 2003, Rechtssache C-280/00, Altmark-Trans), dass ein reiner Mehrbelastungsausgleich unter bestimmten Kautelen nicht unter den Beihilfetatbestand zu subsumieren sei.

Das europäische Beihilfenrecht ist allgemein in den Art. 87 - 89 EGV geregelt. Für Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, gilt zusätzlich noch Art. 86 EGV. Art. 86 Abs. 2 EGV legt Ausnahmen für die Geltung des Wettbewerbsrechts fest. Darüber hinaus ist

mit dem Amsterdamer Vertrag ein neuer Art. 16 in den EG-Vertrag aufgenommen worden, der bezüglich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bestimmt, dass "die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dafür Sorge (tragen), dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können."

Das europäische Beihilfenrecht erstreckt sich nicht auf sämtliche Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge, sondern gilt nur bei binnenmarktlicher Relevanz. Im Rahmen dieses Papiers wird versucht, die Auswirkungen des EU-Beihilfenrechts im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Abgrenzungsmöglichkeiten für die hierbei relevante Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten (im EU-rechtlichen Sinne), Kriterien für eine Binnenmarktrelevanz bzw. eine ggf. aus einer Beihilfe resultierende Handelsbeeinträchtigung und letztlich Handlungsalternativen zu skizzieren, die eine Aufrechterhaltung des Gestaltungsrechts und einen dafür notwendigen Umgang mit Vorgaben des EU-Wettbewerbsrechts ermöglichen können.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die allgemeinen Rahmenbedingungen des EU-Wettbewerbsrechts entsprechend den allgemeinen Vorschriften im EGV sowie den diesbezüglichen EuGH-Urteilen und Äußerungen der Kommission. Gegenstand dieser Abhandlung ist daher die Vielzahl lokaler Dienstleistungen, für die hinsichtlich der Geltung und Anwendung erhebliche Rechts- und damit Planungsunsicherheit besteht. Für einzelne Sektoren - wie z. B. Strom und Gas und künftig für den öffentlichen Personennahverkehr gibt es spezialgesetzliche Regelungen in Richtlinien/Verordnungen, die angewandt werden müssen. Soweit daher für einzelne Bereiche sektorspezifische Regelungen bestehen, sollen diese in diesem Papier nicht behandelt werden.

Nur am Rande wird sich dieses Papier im Übrigen mit den detaillierten Ausschreibungserfordernissen befassen können. Sie werden nur insoweit angesprochen, als sie z. B. von der Kommission oder dem EuGH aus Gründen der Transparenz oder der Errechnung der Mehrkosten einer Leistung eine Rolle spielen.

## **II. Konsequenzen des EU-Wettbewerbsrechts, insbesondere beihilferechtliche Fragen**

Die folgenden Ausführungen gehen unter Heranziehung der Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs.2 EGV davon aus, dass aufgrund der öffentlichen Zuschüsse für ein Unternehmen der Daseinsvorsorge eine mögliche Beihilferelevanz im Sinne des europäischen Rechts eindeutig vorliegt. Dabei wird unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklung bei der Rechtsprechung des EuGH insbesondere auf die Möglichkeit eingegangen, dass diese Zuschüsse oder notwendigen Kompensationszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge nicht als Beihilfen eingestuft werden. Die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EGV sind:

1. Definition der Leistung
2. Betrauung mit der Leistung
3.
  - a) Verhinderung der Aufgabenerfüllung und
  - b) Übermäßige Handelsbeeinträchtigung

### **1. Vorgaben der Europäischen Kommission**

Die Europäische Kommission (KOM) ging bisher in ihrer Praxis davon aus, *dass finanzielle Vorteile, die von Behörden einem Unternehmen gewährt werden, um die Kosten für die Ver-*

*pflichtung zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auszugleichen, als Beihilfen im Sinne von Art 87 Absatz 1 gelten.* Dieses gilt unabhängig davon, ob es sich um private oder öffentliche Unternehmen handelt. Dabei unterstellte die KOM bislang, dass bereits allein die Abdeckung der notwendigen *Mehrkosten*, die einem Unternehmen durch die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse stehenden Leistung entstehen, als notifizierungspflichtige Beihilfe zu werten sei (siehe Rdnr. 14 der KOM-Berichts vom 17.10.2001). Das hätte bedeutet, dass eine solche Zahlung oder andere öffentliche Zuwendung von der KOM hätte genehmigt werden müssen. Nach den Ausführungen der KOM sollte dieses zwar bei einer reinen Mehrkostenabdeckung unter Beachtung der übrigen Kriterien des Art. 86 Absatz II EGV im Regelfall kein Problem darstellen, d. h. eine Genehmigungsfähigkeit wäre gegeben gewesen. Erforderlich wäre aber ein umständliches und zeitraubendes Genehmigungsverfahren, das auf die meisten der hier betroffenen Fälle nicht zugeschnitten ist. In Fällen, in denen die Erbringung der Leistung dringend und kurzfristig geregelt werden muss (z. B. Wasserversorgung, Ambulanzdienste), hätte das Notifizierungsverfahren sogar zur temporären Gefährdung der Grundversorgung führen oder zumindest dringend notwendige Auftragsvergaben verzögern und somit verteuern können. Auch die Generalanwältin Stix-Hackl hob in ihren Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse SpA) in Auseinandersetzung mit den Schlussanträgen des Generalanwaltes Léger in der - mittlerweile gegen das Votum des Generalanwalts entschiedenen - Rechtssache Altmark-Trans (C-280/00) hervor, dass insbesondere die Ausführungssperre des Art. 88 III EG im Hinblick auf die Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wenig sachgerecht sei.

Der jetzige Diskussionsstand zu Fragen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wird aus Sicht der KOM im Wesentlichen durch die Mitteilung der KOM zur Daseinsvorsorge vom 20.09.2000 sowie vom Bericht zum Europäischen Rat in Laeken vom 17.10.2001 geprägt. Die Mitteilung vom 20.09.2000 wurde durch ein Schreiben der KOM vom 16.01.2001 zusätzlich mit Beispielen illustriert, die auf Kommissionsentscheidungen oder Entscheidungen des EuGH bzw. EuGe(I) beruhen. Eine Kehrtwendung brachte erst die Entscheidung des EuGH vom 22. November 2001 (Az.: C 53/2001; Ferring SA), die die bisherige Sichtweise der KOM in Frage stellte. Hiernach soll der Ausgleich notwendiger Leistungen keine Beihilfe sein. Diese neue Rechtsprechung wird seitdem von der KOM angewandt. Mittlerweile hat der EuGH in der Entscheidung zur Rechtssache Altmark-Trans (Entscheidung vom 24. Juli 2003, Az. C-280/00) die Ferring-Entscheidung ausdrücklich bestätigt und weiter konkretisiert.

Die bislang bestehende Rechtsunsicherheit ist somit in diesem Punkt beseitigt. Es ist davon auszugehen, dass die EU-Kommission nun die mit dem Laeken-Bericht vom 17. Oktober 2001 angekündigte, mit Rücksicht auf die bis dato noch ausstehende Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Altmark-Trans jedoch zurückgestellte Schaffung eines beihilferechtlichen Gemeinschaftsrahmens unter Berücksichtigung der Kernbotschaften der EuGH-Rechtsprechung zügig vorantreiben wird, obwohl die Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache C-126/01 - GEMO-SA- und den verbundenen Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01 - Enirisorse SpA-) noch ausstehen.

## **2. Probleme für die Kommunen ...**

Das EU-Beihilfenrecht stellt die Kommunen allerdings weiterhin vor eine Reihe von schwer lösbaren Problemen, die unabhängig von der Altmark-Trans-Entscheidung weiterbestehen.

## 2.1 ... bei Nachweis des Nichtvorliegens einer Beihilfe

Zwar entfällt die Notwendigkeit der Notifizierung von angemessenen Ausgleichsleistungen, weil **diese** nicht mehr als Beihilfe definiert werden. Nach wie vor dürften die Randbedingungen, unter denen derartige Ausgleichsleistungen für Leistungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erfolgen, sich aber an den Tatbestandsmerkmalen des Art. 86 Abs. 2 EGV orientieren, auch wenn die für die Kommunen entscheidende Frage der Proportionalität der Ausgleichszahlungen aus dem Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV in den Prüfbereich des Art. 87 EGV („Liegt eine Beihilfe vor oder nicht?“) verlagert worden ist. Es ist davon auszugehen, dass diese Frage zukünftig auch im Rahmen einer - aufgrund der entfallenden Notifizierungs- und Vorlagepflicht - wohl verschärften Missbrauchskontrolle von der Kommission überprüft wird. Hierzu zählen - wie beim Vorliegen einer Beihilfe - insbesondere die Fragen nach

- einer ausreichenden und konkreten Definition der notwendigen Leistung im Rahmen des öffentlichen Interesses. Andernfalls wäre das allgemeine wirtschaftliche Interesse i. S. d. Art. 86 Abs. 2 EGV nicht gegeben, eine Kompensation somit nicht notwendig. Damit läge eine "normale" Beihilfe vor, die nicht nur anzumelden, sondern wahrscheinlich nicht genehmigungsfähig wäre;
- einem ausreichend konkreten Betrauungsakt zur Wahrnehmung dieser Leistung;
- einem angemessenen Ausgleich für die erbrachte Leistung. Ein Zuviel wäre dann eine Beihilfe. Damit bliebe die Problematik der Festlegung einer angemessenen Kompensation bestehen.

Der EuGH hat dies mittlerweile mit seiner Entscheidung vom 24.7.2003 im Vorabentscheidungsverfahren C-280/00 (Altmark Trans) bestätigt und entschieden, dass ein finanzieller Ausgleich, der nur die Gegenleistung für von den Mitgliedstaaten auferlegte, gemeinwirtschaftliche Pflichten bildet, nicht die Merkmale einer staatlichen Beihilfe aufweist. Ein derartiger Ausgleich kann im konkreten Falle aber nur dann als keine staatliche Beihilfe eingestuft werden, wenn kumulativ folgende vier 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 derer der Ausgleich zu berechnen ist, zuvor objektiv und transparent aufzustellen. Ein nachträglicher allgemeiner Defizitausgleich ist in jedem Fall eine staatliche Beihilfe, die angemeldet und genehmigt werden muss.
- 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 abzudecken.
- Viertens muss sich der Ausgleich, wenn die Auswahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt ist, an den Kosten bemessen, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstünden, das

so angemessen (mit Transportmitteln) ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinschaftlichen Anforderungen genügen kann.

## 2.2 ... bei möglicher Ausschreibungspflicht

Während der EuGH eine generelle Ausschreibungspflicht als Voraussetzung für die Einstufung der Zahlung als Nicht-Beihilfe verneint und auch den Vergleich mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens für statthaft hält, erachtete es die Kommission bisher für notwendig oder zumindest für wünschenswert, dass Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Wege eines fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens ausgeschrieben werden. Diese Vorgabe beruht auf der Annahme der KOM, dass die Angemessenheit des zu leistenden bzw. erforderlichen Ausgleichsbetrags am ehesten im Wege eines solchen Ausschreibungsverfahrens ermittelt werden kann. Unter diesen Umständen ging die KOM im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV davon aus, dass Beihilfen bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse stets genehmigungsfähig sind, wenn sie zur Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung erforderlich sind, soweit das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält.

Auch wenn ein solches Ausschreibungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist, sondern nur die Vermutung für eine marktgerechte Ausgleichszahlung rechtfertigen soll, wirft dieser Ansatz für bereits bestehende kommunale Unternehmen und damit für die Kommune selbst schwerwiegende Probleme auf, die hier nur beispielhaft und andeutungsweise bezeichnet werden:

- Welche Preise insbesondere bei der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen letztendlich marktangemessen sind, für die ein "objektiver" Markt nicht besteht, ist nur schwer ermittelbar. Ein kommunales Unternehmen, das im Regelfall auf das Gemeindegebiet beschränkt ist, müsste zudem im Wettbewerb mit überregionalen Anbietern das nicht exakt ermittelbare "günstigste" Angebot abliefern; selbst eine marginale "Verfehlung" würde die Existenz dieses Unternehmens kosten.
- Die Kommune muss aber auch in diesem Fall eine umfangreiche Kompetenz für die Durchführung der Ausschreibungen auf allen technischen Fachgebieten mit entsprechenden Kosten weiterhin und dauerhaft vorhalten.
- Unzulänglichkeiten bei der Vertragserfüllung oder gar die Insolvenz eines Fremdleisters können nur mit erheblichem personellen und/oder finanziellen Aufwand ausgeglichen werden.

Berücksichtigt man diese Gesichtspunkte, bleibt es mehr als fraglich, ob das Ziel der Kommission, *"die Verbraucher in den Genuss hochwertiger Dienstleistungen zu den günstigsten Marktpreisen kommen"* zu lassen (Rdnr. 38 des Berichts), allein durch einen Ausschreibungswettbewerb, der entscheidend auf die kostengünstigste Erstellung des Gutes oder der Dienstleistung abstellt, wirklich erreicht wird. Ein "günstigerer" Fremdanbieter für einen einzelnen Aufgabenbereich mag nach erfolgter Ausschreibung zwar günstig erscheinen. Stellt man aber auf das **"gesamtwirtschaftliche Gefüge"** einer Kommune ab, entstehen für die Kommune eine Reihe neu zu berücksichtigender Kosten, die letztlich auch vom Bürger bzw. Verbraucher getragen werden müssen. Die privat erbrachte Leistung muss mittels eines entweder weiterhin selbst vorzuhaltenden oder "einzukaufenden" Instrumentariums regelmäßig

im Hinblick auf Qualität und/oder Preisgerechtigkeit kontrolliert werden. Dies führt zu einer erheblichen Steigerung der Transaktionskosten. Häufig stehen die Kosten für die Durchführung entsprechender Verfahren in keinem angemessenen Verhältnis zu den möglicherweise durch die Ausschreibung erzielten Vorteilen. In dieser Gesamtschau bietet ein "günstiges" preisliches Angebot eines Anbieters in diesem gesamtwirtschaftlichen Gefüge nicht unbedingt einen wirklich vergleichbaren "marktadäquaten Preis".

### **III. Nichtanwendbarkeit des europäischen Beihilferechts bei nicht-wirtschaftlichen und bei rein lokalen Leistungen**

Für die Frage, ob überhaupt eine Zahlung oder eine andere gewährte öffentliche Zuwendung in den Anwendungsbereich der europäischen Beihilfenvorschriften kommt oder nicht, sind zwei Voraussetzungen von entscheidender Bedeutung. Hierbei handelt es sich aus europäischer Sicht zunächst um das Erfordernis des Vorliegens einer *wirtschaftlichen* Tätigkeit. Mithin ist die Abgrenzung der "wirtschaftlichen" von den "nichtwirtschaftlichen" Leistungen nach den Vorschriften des Europarechts von Bedeutung.

Des Weiteren geht es um die Frage, ob der *innergemeinschaftliche* Handel durch eine staatliche Ausgleichsleistung beeinträchtigt wird oder nicht. Weder der EuGH noch die KOM haben bislang in einem ausreichenden Maße Rechtssicherheit bei der Auslegung dieser Begriffe geschaffen.

#### **1. Anhaltspunkte für nichtwirtschaftliche Dienstleistungen, die nicht dem Beihilfenrecht unterfallen**

Erstes Prüfkriterium für die Frage der Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts auf einen konkreten Sachverhalt ist der Unternehmensbegriff im Sinne des Art. 87 I EGV. Der Unternehmensbegriff wird in der europäischen Praxis rein funktional mit alleiniger Fokussierung auf die Tätigkeit interpretiert. Unter den Unternehmensbegriff im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechts ist nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit zu subsumieren (vgl. Schlussanträge Stix-Hackl vom 7. November 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01 Enirisorse SpA gegen Ministro delle Finanze). *Ausschlaggebend ist insoweit unabhängig von der Rechtsform oder der Art der Finanzierung allein die Qualifizierung der Tätigkeit als wirtschaftlich bzw. nichtwirtschaftlich.* Nach der europäischen Rechtsprechung gilt als wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (EuGH Rs. (-180-184/98, Pavel Pavlov und andere/Stichting Pensionenfonds Medische Spezialisten, Slg. 2000, I-6451).

Sowohl die Kommission wie auch die Rechtsprechung tun sich jedoch schwer, verlässliche Rahmendaten für die Unterscheidung wirtschaftlicher bzw. nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten anzubieten. Im Bericht zu Laeken äußert sich die KOM hierzu widersprüchlich (Rdnr. 30):

*"In der Praxis bereitet diese Unterscheidung (wirtschaftlich/nichtwirtschaftlich) bei den meisten Leistungen der Daseinsvorsorge keinerlei Schwierigkeiten. Allerdings hat sich die abstrakte Bestimmung des Begriffs 'nichtwirtschaftliche' Dienstleistungen als sehr schwierig erwiesen".*

Anhand welcher Kriterien oder Maßstäbe dann letztlich allerdings der Einzelfall in der Praxis entschieden wird, bleibt unklar.



In der Mitteilung vom 20.09.2000 (Rdnr. 28 - 30) führt die Kommission zwar Beispiele für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten auf. Hierzu zählen z. B. Tätigkeiten zur Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, nationale Bildungssysteme (Aufgabenerfüllung auf sozialem, kulturellen oder bildungspolitischen Gebiet) oder Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit. Soziale Aufgaben *ohne* Gewinnabsicht **können** auch als nichtwirtschaftlich gewertet werden (siehe jedoch unten). Darüber hinaus verweist die KOM auf Urteile des EuGH (Schreiben vom 16.01.2001), z. B. zur staatlichen Überwachung des Luftraumes oder der Bekämpfung der Umweltverschmutzung, beides Tätigkeiten, für die in den jeweils beurteilten Fällen vom Staat Gebühren erhoben wurden. In diesen Fällen hebt der EuGH zur Begründung der Nichtwirtschaftlichkeit dieser Tätigkeiten darauf ab, dass es sich um *originär hoheitliche Tätigkeiten* handle. Durch den hoheitlichen Charakter, der als gegeben vorausgesetzt wird, weisen diese Tätigkeiten *"keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages rechtfertigen würde"* ( Ur. vom 19.01.1994, Az.: C-364/92 zu Eurocontrol). Weitergehende Anhaltspunkte werden nicht geliefert. Ein Schwerpunkt liegt aber offensichtlich auf dem staatlich überwachenden Charakter der Maßnahme. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass Zuwendungen für Umweltschutzmaßnahmen, die keine reine Gefahrenbekämpfung darstellen, sondern vorbeugender Natur sind, grundsätzlich als Beihilfe angesehen werden (siehe: Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, Az.: 2001/C37/03 vom 3.2.2001).

Das Urteil des EuGH vom 12.09.2000 (Az.: C 180/98 bis C 184/98) zum Zwangsrentenfonds für niederländische Fachärzte gibt eine Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH; es liefert zumindest einige Anhaltspunkte zur Abgrenzung einer wirtschaftlichen von einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit. Für Letztere verbleibt allerdings auch mit diesem Urteil ein interpretatorisches "Restrisiko", wenn nicht von vornherein von einer "klassischen" hoheitlichen Tätigkeit ausgegangen werden kann. *Prof. Dr. Borchardt (Abteilungsleiter in der EU-Kommission) führt hierzu an: Eindeutig den nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten zuzuordnen sind diejenigen Tätigkeiten, die unmittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Des Weiteren geht er davon aus, dass nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten diejenigen sind, die im Gemeininteresse liegen, keine Gewinne abwerfen und von Einrichtungen erbracht werden, die keine Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten (s. Borchardt, „Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln“ in Österreichische Gemeindezeitung, Teil 1, 3/2003, Teil 2, 4/2003).*

Folgende **"Eckpunkte"** können für die positive Feststellung einer wirtschaftlichen Tätigkeit i. S. d. Art. 86 Abs. 2 EGV herangezogen werden:

1. Es liegt ein "Unternehmen" vor. Dieser Begriff umfasst nach europäischer Rechtspraxis *jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit.*
2. Als wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit anzusehen, *die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.*
3. Für den wirtschaftlichen Charakter der Dienstleistungen ist es zunächst nicht von Bedeutung, ob die Dienstleistung *mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht wird oder nicht* (Nr. 5 der Urteilsleitsätze bzw. Nr.110 der Begründung), ob die Erbringung der Dienstleistung staatlichen Regelungen (z. B. mit sozialer Zielsetzung) unterliegt und wie die Dienstleistung nach nationalem Recht eingestuft wird (z. B. als öffentliche Aufgabe).

Es bleiben trotzdem verschiedene **Unsicherheiten**. Ist nach diesem Urteil eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht kein Garant für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit, stellt das Kommissionspapier (Rd. Nr. 30 Mitt. der KOM v. 20.09.2000) bei Einrichtungen mit sozialer Zweckrichtung doch wiederum auf die Frage der Gewinnabsicht ab. In der Entscheidung des EuGH vom 07.12.1993 (C-109/92) stellt der Gerichtshof zum Begriff der "Dienstleistung" i. S. d. Art. 50 (ex 60) EGV fest, dass z. B. der Unterricht einer überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Hochschule mangels Gewinnerzielungsabsicht keine Dienstleistung i. S. d. Art. 50 (ex 60) ist. Sofern dieser Dienstleistungsbegriff mit dem der "wirtschaftlichen Tätigkeit" aus Art 86 Abs.2 EGV identisch ist, wird die Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen noch unkonkreter.

Im Ergebnis lassen sich für den Begriff der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit folgende grobe Kriterien anführen:

- Es handelt sich um sog. klassische Hoheitstätigkeiten, z. B. im Überwachungsbereich oder um Leistungen auf dem sozialen, kulturellen bzw. bildungspolitischen Sektor. Die Tätigkeit sollte weitgehend einem *gesetzlich definierten staatlichen* Auftrag entsprechen.
- Je deutlicher dieser Auftrag definiert ist und je geringer der eigenständige Handlungsspielraum der Einrichtung ist, umso eher kann eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vermutet werden. Anders ausgedrückt: Je weiter sich die Tätigkeit von einer bloßen "Marktkorrektur" entfernt, um so eher wird von einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen sein.
- Die Wahrnehmung der Aufgabe sollte überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden (= fehlende Marktfähigkeit der Tätigkeit). Eine Teilfinanzierung aus Gebühren ist möglich.
- Eine Gewinnerzielungsabsicht sollte nicht bestehen (= im Vordergrund steht nicht der *Markterlös*, sondern die Leistung). Bei Sozial- oder Krankenversicherungssystemen sollte der Gedanke einer Solidargemeinschaft vorherrschend sein.

## **2. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten Allgemeine Kriterien, wann eine kommunale Leistung der Daseinsvorsorge eine Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Marktes nicht befürchten lässt**

Das europäische Beihilfeverbot des Art. 87 I EGV zieht seine „Berechtigung“ aus dem Funktionserhalt des europäischen Binnenmarktes und wird entsprechend nur ausgelöst, wenn der gewährte Vorteil den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und die Maßnahme geeignet ist, den Handel *zwischen* den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Tätigkeiten, die überhaupt nicht den innergemeinschaftlichen Handel tangieren, fallen nicht in den materiellen Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenrechts.

Anhand welcher Maßstäbe oder Kriterien die Binnenmarktrelevanz in der Praxis der Kommission gemessen wird, ist bislang jedoch weitgehend intransparent. Ohne nachvollziehbare Systematik bzw. ohne Nennung konkreter Kriterien hat die KOM in verschiedenen Fällen Entscheidungen getroffen, denen keine Beihilferrelevanz beigemessen wurde, da der innergemeinschaftliche Handel nicht betroffen sei. Einige Fälle wurden im Schreiben vom

16.01.2001 (Beispiele zur Mitteilung vom 20.09.2000) aufgeführt. Überwiegend handelt es sich hierbei um Fälle, denen aufgrund ihres *örtlichen* Bezuges bzw. "*objektiv lokalen Charakters*" keine Auswirkungen beizumessen sind. Hierzu gehören Fälle wie der Betrieb eines Freibades im kommunalen Auftrag (Fall Dorsten) oder Befreiungen für Betriebe von Sozialabgaben innerhalb eines Stadtgebietes (Venedig).

Die Kommission hat diese Fälle bisher nicht verallgemeinert und auch nicht ihre Maßstäbe offengelegt. Prüfmaßstab kann allerdings mit Blick auf die von der KOM angewandte und vom EuGH ebenfalls aufgegriffene funktionale Betrachtungsweise nur die Abgrenzung des für die Tätigkeiten betreffenden Marktes sein. Üblicherweise wird dieser ökonomisch nach sachlichen, räumlichen und zeitlichen Kriterien begrenzt, wobei insbesondere die beiden erstgenannten Parameter für die hier betrachtete Frage von Bedeutung sind. Es ist offensichtlich, dass, je unspezifischer eine Tätigkeit oder ein "Gut" sachlich definiert sind, der für die Tätigkeit oder das "Gut" maßgebliche Markt umso weiter ausfallen wird. Anders ausgedrückt grenzen sich eine Tätigkeit bzw. ein "Gut" durch seine spezifischen Merkmale und Eigenschaften von anderen Tätigkeiten und "Gütern" ab und bestimmen so den maßgeblichen Markt. Auch in der ständigen Rechtsprechung des EuGH wird auf dieses Konzept zurückgegriffen und dieser als solcher interpretiert, "... in dem sämtliche Erzeugnisse (oder Dienstleistungen) zusammengefasst sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen (oder Dienstleistungen) nur in einem geringen Maße austauschbar sind", wie in den Schlussanträgen der Generalanwältin Stix-Hackl vom 7. November 2002 zusammenfassend dargelegt wird. Je spezifischer die in Frage stehende Tätigkeit deshalb in sachlicher Hinsicht definiert wird, desto enger dürfte der maßgebliche Markt ausfallen. Verstärkt wird dies durch eine räumliche Beschränkung des Marktes, wie sie ggf. durch z. B. kommunalrechtliche Bestimmungen gezogen wird.

Der EuGH kommt zwar in der auf den Verkehrsbereich bezogenen Rechtssache Altmarkt-Trans hinsichtlich des Kriteriums der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels als Tatbestandsvoraussetzung für eine verbotene Beihilfe zu dem Ergebnis, dass im fraglichen Sachverhalt die gewährten Zuschüsse geeignet seien, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dabei komme es nicht darauf an, dass nur ausschließlich örtliche oder regionale Dienste erbracht würden. Die Beeinträchtigung des Handels hänge nicht vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Verkehrsdienste oder von der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets ab (Randziffer 82). Auch lasse sich keine Schwelle und kein Prozentsatz festlegen, ab dem keine Beeinträchtigung eintrete (Randnummer 81). Die Beeinträchtigung könne auch darin bestehen, dass begünstigte Unternehmen bessere Chancen hätten und sich die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen verringerten (Randziffer 78).

Hierbei gilt jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei Verkehrsdienstleistungen um einen Bereich handelt, der europarechtlich geregelt ist und hier somit gewollt ein europaweiter Markt für die entsprechenden Leistungen definiert wurde. Da in der oben geschilderten Konstellation demgegenüber aufgrund der spezifischen, auf die konkreten lokal bezogenen Guteigenschaften gerade kein europaweiter Markt und eben keine Austauschbarkeit des Angebots des Anbieters A durch einen x-beliebigen Anbieter B für eben dieses spezifische lokale Gut vorliegt, ist fraglich, ob das EuGH-Urteil hinsichtlich seiner Aussagen zur Binnenmarktrelevanz auch für die vielfältigen lokalen Dienste gilt, für die kein gemeinschaftsweiter Markt definiert wurde. Zwar sprechen sowohl die angebotsseitigen („An wen richtet sich das Angebot?“) als auch nachfrageseitige („Wer fragt die Leistung nach?“) Aspekte hier weiterhin für einen rein lokalen Bezug, eine Interpretation der Kommission liegt hierzu jedoch noch nicht vor.

## **B. Überlegungen zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei kommunalen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Rahmen des EU-Rechts**

Die im Folgenden angestellten Überlegungen gehen davon aus, dass ein höheres Maß an Rechtssicherheit für die Erbringung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu finden ist.

Da der aufzuzeigende Weg für beide Fälle - Beihilfe oder nicht - sich insbesondere auf die Elemente "Definition", "Betrachtung" und "angemessener Ausgleich" bezieht und insoweit ähnlich sein dürfte, soll im Folgenden zunächst ohne weitere Differenzierung darauf eingegangen werden, wie bei Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der Kompensation der entsprechenden notwendigen Lasten verfahren werden kann.

### **I. Ausgangspunkt: Bisherige Praxis der KOM**

Die bisherigen Betrachtungen zeigen, dass zur Erlangung einer erhöhten Rechtssicherheit unabhängig von der Frage der Notifizierungspflicht insbesondere die Elemente der "Definition", der "Betrachtung" und des "angemessenen Ausgleichs" europafest auszufüllen sind. Es bietet sich an, diese durch eine Art "**Konzept für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen durch die Kommunen**" für die einzelne Kommune als Leitfaden oder Empfehlung näher auszuformen.

Die Frage, ob eine umfassende Notifizierungspflicht besteht oder nicht, hat sich insoweit geklärt, als mit dem EuGH-Urteil zu Altmark Trans finanzielle Vorteile, die ein Unternehmen zum Ausgleich der Gemeinwohlverpflichtungen erhält, unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Beihilfe zu notifizieren sind. Bereits nach der bisherigen Praxis der KOM bestanden unterschiedliche ausfüllbare Bewegungsspielräume. Dieses zeigte sich u. a. daran, dass sich die Kommission in verschiedenen Fällen sogar **trotz bereits gewährter oder laufender Beihilfezahlungen** darauf beschränkt hatte, die Maßnahmen zu überprüfen, aber keine (nachträgliche) Notifizierung zu verlangen, obwohl dieses EU-rechtlich notwendig wäre. So hatte die KOM in ihrer Entscheidung zu Phoenix/Kinderkanal aufgrund einer Wettbewerberbeschwerde (Entscheidung vom 24.02.1999, Az.: NN 70/98) das Vorliegen einer (zulässigen) Beihilfe bejaht und lediglich eine Überprüfung im Rahmen einer Missbrauchskontrolle vorgenommen. Eine ähnliche Situation ergab sich auch aus der KOM-Mitteilung über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 15.11.2001: auch hier forderte die KOM keine (nachträgliche) Notifizierung aller bestehenden Rundfunksysteme. Die Mitteilung stellt vielmehr **Kriterien für den Betrieb und eine Überprüfung im Rahmen einer Missbrauchskontrolle dar**. Diese Mitteilung wurde vor dem Hintergrund veröffentlicht, dass fast alle europäischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Beihilfen erhalten und diese **nicht** notifiziert worden sind, obwohl sie - streng genommen - hätten notifiziert werden müssen.

Hier bestehen offensichtlich Bewegungsspielräume. In Anbetracht der Unpraktikabilität des herkömmlichen Notifizierungssystems und vor dem Hintergrund der im EuGH-Urteil Altmark-Trans aufgestellten Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit die Mehrkosten für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse keine notifizierungspflichtige Beihilfe darstellen, erscheint es auch in dieser Konstellation sinnvoll und zielführend, an die Erstellung eines "Konzepts für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen durch die Kommunen" zu denken.

Das Ziel eines derartigen Konzepts besteht darin, Hinweise zu geben, wie die Erbringung öffentlicher Grundversorgungsdienstleistungen hinsichtlich der maßgeblichen Elemente so auszugestalten ist, dass sie im Falle der Missbrauchskontrolle vor der Kommission bestehen kann.

Dieses Konzept soll zunächst lediglich im nationalen Rahmen Rechtssicherheit schaffen und eine für die Kommunen wichtige Orientierungsfunktion erfüllen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der und in Bezug auf die Mitteilung des Bundesfinanzministeriums an das Bundesinnenministerium vom 7.11.2002, der zufolge nach Auffassung der KOM eine Bürgschaft jedenfalls dann nicht beihilfenrelevant sei, wenn sie in einem Sektor gewährt werde, der – wie z.B. im Fall der Wasserver- und Entsorgung – dem innergemeinschaftlichen Wettbewerb nicht offen stehe.

Die Kommission spricht in ihrem Bericht für den Rat in Laeken zu Leistungen der Daseinsvorsorge unter Rdnr. 26 davon, dass die Mitgliedsstaaten sie über "*einzelne Systeme von Ausgleichsleistungen*" unterrichten könnten; allerdings ohne zu definieren, was hiermit gemeint ist. Offenbar sind hiermit nicht jedoch allein "Beihilferegelungen" i. S. der VerfahrensVO gemeint. Insoweit kann später zusätzlich überlegt werden, das Konzept als eine Art "System" mit der Kommission zu diskutieren.

Die folgenden Überlegungen können nur in den Sektoren greifen, in denen es (bisher) keine gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen gibt (der Energie- und demnächst der Verkehrssektor fallen damit z. B. nicht unter dieses Konzept).

## **II. Konzept für die Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch die Kommunen**

Mit der Einhaltung der im Konzept dargestellten Bedingungen besteht die - im Rahmen der Missbrauchskontrolle widerlegbare - Vermutung, dass die EU-relevanten Beihilfavorschriften eingehalten werden. Es soll in erster Linie Rechtssicherheit gegenüber der KOM geschaffen werden, nicht etwa ein neues "EU-kommunalaufsichtliches" Kontrollinstrument.

Grundlage für ein solches Konzept müssen einerseits die Merkmale des Art. 86 Abs. 2 EGV sein, da dieser die Kriterien für Leistungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse näher umschreibt. Auch in der bisherigen Praxis der KOM und der Rechtsprechung des EuGH haben sie sich als Dreh- und Angelpunkt der Beurteilung erwiesen. Diese Mehrkosten wurden im EuGH-Urteil zu Altmark Trans, in dem es auf der Grundlage von Art. 87 Abs. 1 EGV um die grundsätzliche Frage ging, ob die durch Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen Mehrkosten überhaupt als Beihilfe zu notifizieren sind, im Wesentlichen bestätigt. Diese Kriterien beinhalten folgende Punkte:

1. Definition der Leistung
2. Betrauung mit der Leistung
3. Verhinderung der Aufgabenerfüllung und übermäßige Handelsbeeinträchtigung.

Daraus kann sich folgendes Konstrukt ergeben:

### **Zu 1.: Klare Definition der Leistung sowie der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen Weitgehende Definition von Leistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse durch Rückgriff auf die nationale Rechtsordnung**

Nach der Mitteilung bzw. dem Bericht der KOM sowie auch der Rechtsprechung des EuGH obliegt es grundsätzlich den Mitgliedsstaaten, zu definieren und festzulegen, welche Leistungen als solche der Daseinsvorsorge anzusehen sind und wie sie zu definieren sind.

Wie bereits erwähnt, ist es zwar auf der einen Seite kaum möglich, den Aufgabenbereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse umfassend zu definieren. Auf der anderen Seite werden aber auch kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge nicht ausschließlich in einem gesetzesfreien und damit unregulierten Raum erbracht. Hierzu wird darauf hingewiesen, dass in einer Vielzahl fachgesetzlicher Regelungen den Kommunen vom Gesetzgeber konkrete Aufgaben zugewiesen und näher ausgestaltet werden, eben weil der Gesetzgeber hier ein öffentliches Interesse an der Aufgabenwahrnehmung sieht. Dass eine Festlegung eines öffentlichen Zweckes und die Art seiner Erfüllung in einem Spezialgesetz unter den interessierenden europarechtlichen Gesichtspunkten zulässig und auch ausreichend ist, hat der EuGH in seiner Entscheidung zum Rheinland-Pfälzischen RettungsdienstG (Urt. v. 25.10.2001, Az.:C-475/99) unausgesprochen anerkannt. Insoweit ist zu überlegen, spezialgesetzliche Aufgabenzuweisungen daraufhin zu untersuchen, ob ihre Aufgabenumschreibungen auch unter europarechtlichen Aspekten als ausreichend eingestuft werden können. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es bei der Definition der Leistung zunächst nur um die Definition der zu erfüllenden Aufgabe gehen kann. Eine detailscharfe Aufgabenumschreibung muss in einem weitergehenden Schritt dem Betrauungsakt vorbehalten bleiben.

Soweit keine spezialgesetzlichen Aufgabenzuweisungen bestehen, enthalten die jeweiligen Gemeindeordnungen der Länder Festlegungen für kommunales Wirtschaften, die als Ansatzpunkt für das Konzept nutzbar gemacht werden können. In allen Gemeindeordnungen wird ein "öffentlicher Zweck" gefordert. Z. T. wird dieser öffentliche Zweck, der als unbestimmter Rechtsbegriff nur schwer fassbar ist, in einigen Gemeindeordnungen durch Beispiele näher umschrieben. Mit Blick auf den europäischen Rahmen sollte der öffentlich-rechtliche Auftrag im Regelfall so präzise wie möglich umschrieben werden (siehe z. B. Rdnr. 37 der Mitteilung der KOM zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk). Da dieses allein über die Inhalte der Gemeindeordnungen nicht gewährleistet werden kann, ist hier zu überlegen, die Leistungen, die im öffentlichen Interesse erbracht werden sollen, z. B. durch kommunale Satzungen im Einzelfall näher festlegen zu lassen. Vorbilder für derartige "planzielfestlegende Satzungen" könnten z. B. der Bauleitplanung entnommen werden (z. B. in Anlehnung an Sanierungssatzungen nach §§ 140, 142 BauGB).

Gegen eine solche Konkretisierung durch Satzungen dürften keine Bedenken bestehen. Zur staatlichen Ebene der Mitgliedsstaaten, die die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse definieren können, zählt im Zweifel auch die kommunale Ebene als Untergliederung des jeweiligen Mitgliedsstaates. In Anbindung und Rückkoppelung an die jeweiligen Gemeindeordnungen dürfte ein solches Verfahren auch ausreichend sein, um den Anforderungen der KOM zu genügen. Entsprechende Inhalte für die Mindestanforderungen können über das Konzept angeboten werden. Von einer Vorgabe sollte abgesehen werden. Die Kommunen, die die Empfehlungen nicht beachten, müssen allerdings damit leben, Gefahr zu laufen, dass ihre Tätigkeiten unter den europäischen Beihilfeaspekten negativ eingeordnet werden. Folgende Punkte können zu derartigen, per Satzung festzuschreibenden Mindestanforderungen gehören:

- Festlegung und Definition der einzelnen, von der Gemeinde zu erbringenden, gemeinwohlorientierten Leistung incl. der Zugangsbedingungen für die Nutzer/innen,
- Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung,
  - Berücksichtigung der Anforderungen der Nutzer
  - Berücksichtigung der Bedürfnisse bestimmter Bevölkerungsgruppen
  - Wahrung des Gesundheits- und Umweltschutzes
- Beachtung des Transparenzrichtlinie-Gesetzes bzw. der sog. "Transparenzrichtlinie" (Richtlinie KOM 2000/52/EG vom 26.07.2000; Abl.: L 193/75 v. 29.07.2000), insbesondere hinreichende Abgrenzung bezuschusster und nicht bezuschusster Aufgaben.

## **Zu 2.: Betrauung mit der Leistung**

### **Betrauungsakt auf der Grundlage der jeweiligen GO nebst einer klar umschriebenen vertraglichen Beauftragung**

#### 2.1

Art. 86 Abs.2 EGV erfordert ebenso wie der EuGH in seinem Urteil zu Altmark Trans einen sog. "Beträuungsakt", mit dem die wahrzunehmende Aufgabe der Daseinsvorsorge dem ausführenden Unternehmen "übertragen" wird. Als Betrauungsakt können abhängig von der Gesellschaftsform z. B. die Gesellschaftsverträge gelten, die Kommunen mit ihren Unternehmen abschließen, um eine öffentliche Aufgabe für die Kommunen durchzuführen. Der Betrauungsakt muss nicht allein durch einen Verwaltungsakt oder ein Gesetz erfolgen; eine klar um-

schriebene Definition auf vertraglicher Basis seitens der beauftragenden Kommune reicht aus (siehe Rdnr. 22 der KOM-Mitteilung).

In diesem Zusammenhang kann überlegt werden, ob den Kommunen im Rahmen einer Empfehlung ein Mustervertrag zur Ausfüllung des Betrauungsaktes an die Hand gegeben wird. Ein solcher Mustervertrag ist ggf. gleichwohl anzuwenden, wenn die Kommune die Leistungen mit einem eigenen Unternehmen (50 % und mehr kommunaler Anteile am Unternehmen) erbringt oder den Auftrag fremd vergibt. Über die allgemeinen Erwägungen hinaus, die in der satzungsmäßigen Beschreibung der Aufgabe erfolgen, muss der (vertragliche) Betrauungsakt mindestens folgende Punkte enthalten (siehe hierzu Ziff 8-13 der KOM-Mitteilung vom 20.09.2000 sowie grundsätzlich das EuGH-Urteil zu Altmark Trans):

- Festlegung der Ziele und Aufgaben im Rahmen der zu erbringenden Dienstleistung;
- Festschreibung der Gemeinwohlverpflichtung;
- Eindeutige Festlegung der Mindestanforderungen an die Qualität, die technischen Anforderungen, das Gesundheitsschutzniveau und die materielle Sicherheit der Leistungen;
- vollständige Transparenz in Bezug auf Entgelte, Vertragsbedingungen, **Finanzierung** des Anbieters (Ermittlung und Höhe evtl. notwendiger Kompensationen, Quersubventionierung, Einhaltung der De-minimis-Grenzen);
- Transparenz der öffentlichen Verantwortung für die Dienstleistungen.

## 2.2

Anders als die Gemeinde- und Landkreisordnungen der Länder hebt die KOM nicht auf einen einmaligen Akt der Gründung oder Erweiterung eines Unternehmens ab, sondern verfolgt einen "permanenten" Ansatz. Die betreffende Tätigkeit steht somit dauerhaft im Blickpunkt des europäischen Rechts. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die KOM es deshalb für notwendig hält, dass die korrekte Definition und Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung im Rahmen der Beauftragung in irgendeiner Form überwacht wird. Beispielhaft ist auf die Ausführung der Rundfunkmitteilung hinzuweisen: Hier legt die KOM für den Rundfunkbereich starken Wert auf das Vorhandensein einer nationalen Aufsichtsbehörde, die insbesondere die im Rahmen der zu erbringenden Leistung zu erfüllenden Qualitätsstandards und deren Einhaltung zu überwachen hat (Rdnr. 41 der Rundfunk-Mitteilung). Wie umfangreich diese Aufsicht ausgeprägt sein muss, wird sich aufgrund der unterschiedlichen Leistungen nicht von vornherein sagen lassen.

Diese Überwachungsfunktion dürfte in den deutschen Ländern zum einem durch die kommunalaufsichtlichen Anzeigeverfahren ausreichend gewährleistet sein. Soweit Aufgaben aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen den Kommunen übertragen worden sind, besteht im Regelfall zum anderen auch eine Fachaufsicht mit Weisungsrechten durch die zuständige Aufsichtsbehörde. Hier kann auch unabhängigen kommunalen Institutionen wie den Rechnungsprüfungsämtern eine Funktion zukommen.

### **Zu 3.: Die Anwendung der Wettbewerbsregeln muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Leistungen verhindern**

Diese Regelung des Art. 86 Abs.2 Satz 1 EGV zielt in erster Linie auf die Einhaltung der Wettbewerbsregeln - insbesondere kartellrechtlicher Regelungen bei Aufgaben, die aufgrund ausschließlicher Rechte (Monopole) wahrgenommen werden - ab. In engem Zusammenhang damit sind die Kriterien des EuGH in der Sache Altmark Trans zur Frage der Berechnung der Mehrkosten zu sehen.



Für das Beihilfenrecht und die Fälle, in denen Unternehmen keine ausschließlichen Rechte, sondern "nur" finanzielle Vorteile zur Erfüllung ihrer Aufgabe gewährt werden (zur Abgrenzung zusammenfassend: Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in den Rechtssachen C-34/01 bis C38/01 - Enirisorse SpA -), geht es zunächst nur um die Frage, ob ein Verbot der staatlichen Finanzierung die Erfüllung der Aufgabe tatsächlich verhindern würde, weil eine wirtschaftliche Erfüllung nicht möglich ist (siehe KOM-Entscheidung: Kinderkanal/Phoenix, Az.: NN 70/98). Es also um die Verhältnismäßigkeit bzw. **Proportionalität der Leistung**.

### **Sicherstellung der Proportionalität der Leistung ohne Ausschreibungsverfahren**

*(Nicht eingegangen werden soll im Folgenden auf die Fälle, in denen bereits europäisches und nationales Recht Regelungen zur Ausschreibung vorsehen. Auch die Problematik der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen steht nicht im Focus dieses Papiers. Aussagen sollen lediglich für die bislang weder europäisch noch national rechtlich festgelegten Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse getroffen werden.)*

Bislang verlangt die KOM möglichst konkrete Nachweise dafür, dass keine Überkompensation der erbrachten Leistungen erfolgt. Das EuGH-Urteil in der Sache Altmark Trans hat hierzu ebenfalls auf Kriterien verwiesen. Auch bei Entfallen der Notifizierungspflicht bleiben diese Anforderungen bestehen. Es ist sogar zu vermuten, dass die KOM sie intensiviert prüfen wird. Im Regelfall und nach der bisherigen Praxis der KOM kann diesen Anforderungen durch eine Ausschreibung genügt werden. Eine solche Ausschreibung ist rechtlich jedoch nicht vorgeschrieben. Sie trägt zudem lediglich die Vermutung in sich, dass hierdurch marktgerechte Preise bzw. Kompensationsleistungen erzielt werden können. Auf anderen Gebieten - z. B. bei kommunalen Grundstücksverkäufen, die bei zu günstiger Abgabe auch Beihilfeelemente enthalten können - gibt sich die KOM mit gutachterlichen Bewertungen zufrieden. Im Rahmen der Kommissionsentscheidung zur Finanzierung des neu eingerichteten Senders "Kinderkanal/Phoenix" (Az.: N 70/98) sah es die Kommission als ausreichend an, dass der Finanzierungsbedarf des Senders von einer unabhängigen Kommission (der KEF) ermittelt und im Abstand von mehreren Jahren erneut überprüft werden würde. Die Generalanwältin Stix-Hackl stellt sogar auf de facto bestehende Verhandlungsmöglichkeiten ab. Der EuGH hat in seinem Urteil zur Sache Altmark-Trans deutlich gemacht, dass auch ohne Ausschreibung die Höhe des erforderlichen Ausgleichs bestimmt werden kann und zwar auf der Grundlage einer Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen hat, wenn es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

Wie bereits oben erwähnt, stellt sich das Problem der Angemessenheit insbesondere dann, wenn die Gemeinde die jeweilige Aufgabe mit eigenen Unternehmen erfüllt. Unter Berücksichtigung des EuGH-Urteils zu Altmark Trans sowie der Phoenix/Kinderkanal - Entscheidung ist daher zu berücksichtigen, dass eine *angemessene* Kompensation von Leistungen nicht allein auf dem denkbar günstigsten Angebot einer Ausschreibung beruhen kann; vielmehr muss es ausreichen, dass sich die Angemessenheit an den tatsächlichen Kosten (so die Kinderkanal/Phoenix-Entscheidung), d. h. an den zur Aufgabenerfüllung in dieser Form notwendigen Kosten orientiert. Bei Unternehmen, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, muss dieser Weg uneingeschränkt für solche kommunale Unternehmen gangbar sein, die in ihrem Wirkungskreis durch die jeweilige Gemeindeordnung oder aufgrund satzungsmäßiger Selbstbeschränkung auf das Gebiet der Kommune beschränkt sind. Bei überregionaler Tätigkeit werden diese Voraussetzungen im Einzelfall zu prüfen sein.

Welche Einrichtung die Angemessenheit der Kosten bzw. Kompensationsleistungen überprüft, ist noch näher festzulegen. Im Rahmen dieser Prüfung müssen auch die unter Punkt A. II. 1.2.1 b) aufgeführten Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Insofern kann es nicht nur auf eine reine betriebswirtschaftliche Ermittlung "marktoptimaler" Kosten ankommen.

Eine solche Leistung kann z. B. von den kommunalen Rechnungsprüfungsämtern erbracht werden. In einzelnen Kommunen (z. B. Köln) werden diese bereits im Vorfeld einer Vergabe durch die Vergabestelle eingeschaltet, um Angebote zumindest unter Plausibilitäts Gesichtspunkten von der Kostenseite her zu überprüfen. Auch wenn die Rechnungsprüfungsämter Teil der jeweiligen Kommune sind, genießen sie von Gesetzes wegen eine unabhängige Stellung und sind insoweit für diese Überprüfung besonders geeignet.

Die drei Kriterien "Definition der Leistung", die sich aus dem öffentlichen Auftrag ergibt, "Betrachtung mit der Leistung", bei der die wahrzunehmende Leistung unter bestimmten Bedingungen einem Unternehmen "übertragen" wird, sowie die "Sicherstellung der Proportionalität der Leistung" bilden einen "Dreiklang".

Werden diese Überlegungen, die aus dem EU-Wettbewerbsrecht, den bisherigen Verlautbarungen der Kommission und den vorliegenden EuGH-Urteilen resultieren, in das Konzept übernommen, kann nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (insbesondere zum Rheinland-Pfälzischen RettungsdienstG, Urteil vom 25.10.2001, Az.: C-475/99) davon ausgegangen werden, dass es einer entsprechenden Missbrauchskontrolle der KOM Stand hält.

### **Besonderheiten bei besonderen oder ausschließlichen Rechten**

Soweit Unternehmen, die Daseinsvorsorgeleistungen erbringen, besondere oder ausschließliche Rechte übertragen bzw. eingeräumt werden, versetzt sie dies insofern in eine monopolartige Stellung. Dadurch können im Zweifel neben den Beihilfenvorschriften auch andere Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere das Verbot des Missbrauchs einer den Markt beherrschenden Stellung (Art. 82 EGV), berührt sein, wodurch zusätzliche Prüfbedarfe aufgedeckt werden.

Zwar bezieht sich Art. 82 EGV nur auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen selbst; Art. 86 I EGV bezweckt jedoch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (vgl. insbesondere das Urteil vom 4.5.1998 in der Rechtssache 30/87 - Bodson, Slg. 1993, 2479, Rd.-Nr. 16) die nähere Festlegung der Voraussetzungen für die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EGV auf öffentliche Unternehmen, auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, und auf Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, und erlaubt dem gemäß die Erfassung von wettbewerbswidrigen Praktiken, die ansonsten dem betreffenden Unternehmen nicht zuzurechnen wären..

Ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne des Art. 86 I EGV lassen sich als Rechte definieren, die von den Behörden eines Mitgliedstaates einem oder einer begrenzten Anzahl von Unternehmen verliehen werden und die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 25.6.1998 in der Rechtssache C-206/96 – Dusseldorp u.a. Slg. 1998, I-40765, Rd.-Nr. 60) ist die Gewährung eines ausschließlichen Rechts auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

dahingehend zu verstehen, dass dem begünstigten Unternehmen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 86 EGV eingeräumt wird, so dass mit der Einräumung eines ausschließlichen Rechts zugleich auch die Einräumung einer beherrschenden Stellung angenommen wird.

Vor Anwendung des Art. 82 EGV ist jedoch zunächst zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil davon vorliegt. Dabei kommt es auf die Feststellung des maßgebenden Marktes sowie die Abgrenzung des wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes an, auf dem dieses Unternehmen gegebenenfalls missbräuchliche Praktiken anwenden kann. Selbst ein Teilgebiet eines Mitgliedstaates kann dabei je nach wirtschaftlicher Bedeutung einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen. Die Schaffung einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes kann sich auch aus dem Nebeneinander von territorial begrenzten Monopolen ergeben, die aber in ihrer Gesamtheit das ganze Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erfassen (Urteil des EuGH vom 5.10.1994 in der Rechtsache C-323/93 - Centre d'inémination de la Crespelle, Slg. 1994, I-5077, Rd.-Nr. 17).

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist im Rahmen des Art. 82 EGV weiter zu prüfen, ob das betreffende Unternehmen missbräuchlich vorgeht (bzw. durch das gewährte ausschließliche Recht notwendig zu einer missbräuchlichen Ausnutzung seiner beherrschenden Stellung veranlasst wird) und ob dies zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen kann. Worin der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung konkret zu sehen ist, ist in Art. 82 a-d EGV beispielhaft aufgeführt.

- a) Erzwingung unangemessener Verkaufs- oder Einkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
- b) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher,
- c) Anwendung diskriminierender Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartner,
- d) Abschluss von sachwidrigen Koppelungsverträgen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt auch eine staatliche Maßnahme, die zur Erweiterung bzw. Ausdehnung der beherrschenden Stellung des begünstigten Unternehmens führt, einen Verstoß gegen Art. 86 EGV i.V.m. Art. 82 EGV dar (so z.B. Urteil des EuGH vom 25.10.2001 in der Rechtssache C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Rd.-Nr. 40 m.w.N.).

Schließlich ist erforderlich, dass der Missbrauch der etwaigen beherrschenden Stellung geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen.

Falls nach Prüfung dieser Voraussetzungen durch ein nationales Gericht festgestellt werden sollte, dass das Verbot des Art. 86 I EGV i.V.m. Art. 82 EGV tangiert ist, bliebe schließlich noch zu prüfen, inwieweit eine Rechtfertigung durch Art. 86 II EGV vorliegen könnte.

Die Anwendung des Art. 86 II EGV setzt aber voraus,

- dass der Mitgliedstaat den Inhalt der Verpflichtungen und Zwänge definiert, die im Rahmen der Betrauung mit der besonderen Aufgabe auferlegt wurden,
- dass diese Verpflichtungen spezifisch für dieses Unternehmen und seine Tätigkeiten sind,
- dass die auferlegten Verpflichtungen einen Zusammenhang mit dem Zweck der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aufweisen
- und dass sie unmittelbar auf dieses Interesse abstellen.

Schließlich muss dargelegt werden, dass die Übertragung ausschließlicher Rechte für die Erfüllung der besonderen Aufgabe durch das Unternehmen notwendig ist und die Aufgabe ohne sie nicht zu erfüllen wäre. Dieses sollte im Rahmen der Satzung oder zumindest des Betrauungsaktes geschehen. Grund für eine solche Monopolstellung kann auch hier die Notwendigkeit sein, die Erfüllung der besonderen Aufgabe der Daseinsvorsorge zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen, da ansonsten die Erfüllung der Aufgabe verhindert werden würde (Art. 86, 2). Dabei ist es nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht wird (EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Az.:C-159/94, Rdnr.59). Eine Beeinträchtigung kann ausreichend sein.

Eine Ausnahmesituation stellt vor dem dargelegten Hintergrund die Ausübung bzw. Anwendung des kommunalrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs dar. Hierfür dürfte die Berücksichtigung der beschriebenen Vorschriften des Art. 82 im Regelfall aus folgenden Gründen nicht relevant werden:

- Anschluss- und Benutzungszwang kommt nur in speziellen Aufgabenbereichen wie der Wasserversorgung bzw. Abwasserentsorgung oder ggf. der Schlachthofbenutzung unter der Voraussetzung eines durch Gesichtspunkte der Volksgesundheit oder Hygiene begründeten öffentlichen Bedürfnisses in Betracht und stellt im Kern eine öffentliche Ordnungsmaßnahme und keine Marktregulierung dar.
- Die Anwendung des Rechtsinstituts erfolgt somit nur in Bereichen, für die bislang keine Marktöffnung bzw. Liberalisierung stattgefunden hat.
- Da dem gemäß ein Markt tatsächlich nicht besteht, kann die Anwendung des Instituts auch keinen Marktmissbrauch darstellen bzw. zur Folge haben.
- Die Ausübung von Anschluss- und Benutzungszwang stellt einen Eingriff in subjektiv öffentliche Rechte einzelner Bürger dar, der an Hand der jeweiligen kommunalrechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Normierung national(verwaltungs-)gerichtlich nachprüfbar ist. Adressaten der Maßnahme sind somit natürliche Personen ( z.B. Grundstückseigentümer ) und nicht etwa konkurrierende Marktunternehmen.

### **III. De-minimis-Regel für lokale Dienste**

Im Fokus dieser Ausführungen stehen nicht die bereits liberalisierten, netzgebundenen öffentlichen Dienste wie Energie, sondern die Vielzahl der lokalen Dienste, die mehrheitlich für die Bürger/innen in der jeweiligen Örtlichkeit angeboten werden und sich nur unwesentlich auf den Markt auswirken dürften.

Die Kommission hat bisher nicht ihre Maßstäbe offengelegt, wann eine Leistung aufgrund ihres rein lokalen Charakters aus dem Anwendungsbereich des europäischen Beihilferechts herausfällt. Prüfmaßstab kann allerdings mit Blick auf die von der KOM angewandte und vom EuGH ebenfalls aufgegriffene funktionale Betrachtungsweise nur die Abgrenzung des für die Tätigkeiten betreffenden Marktes sein. Üblicherweise wird dieser ökonomisch nach sachlichen, räumlichen und zeitlichen Kriterien begrenzt, wobei insbesondere die beiden erstgenannten Parameter für die hier betrachtete Frage von Bedeutung sind. Es ist offensichtlich, dass, je unspezifischer eine Tätigkeit oder ein "Gut" sachlich definiert sind, der für die Tätigkeit oder das "Gut" maßgebliche Markt umso weiter ausfallen wird. Je spezifischer die in Frage stehende Tätigkeit deshalb in sachlicher Hinsicht definiert wird, desto enger dürfte der maßgebliche Markt ausfallen.

Verstärkt wird dies durch eine räumliche Beschränkung des Marktes, wie sie ggf. durch z. B. kommunalrechtliche Bestimmungen gezogen wird. Jedenfalls muss insoweit, als eine strikte Bindung der kommunalen Betätigung an das Gemeindegebiet besteht, diese "Örtlichkeitsbindung" zumindest **unter der Voraussetzung einer hinreichend genau definierten öffentlichen Aufgabe mit entsprechenden Spezifika deshalb die Vermutung mit beinhalten können, dass Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel nicht bestehen.**

Zwar gehen sowohl die Kommission wie auch der EuGH in seiner Rechtsprechung dazu über, eine Beeinträchtigung auch dann anzunehmen, wenn es **potentiell** einen anderen bzw. weiteren Anbieter für diese Leistung gibt. Mit zunehmender Spezifität der Tätigkeit verliert jedoch dieser Einwand an Einfluss. Um eine "Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels" auch gegenüber sonstigen potentiellen Anbietern ausschließen zu können, müssten deshalb folgende Kriterien Hinweise geben:

- der spezifische (örtliche) Aufgabenbereich ist im Betrauungsakt klar umschrieben,
- die Betätigung kommt mehrheitlich den Einwohner/innen der Örtlichkeit zugute,
- die wahrzunehmende Tätigkeit gehört unstreitig (*z.B. auf Grund gesetzlicher Festlegung oder als örtlich zu gewährleistende Grundversorgung*) zum Kernbereich der kommunalen Aufgaben und
- die Betätigung ist auf die jeweilige Örtlichkeit beschränkt (*entsprechend den Vorschlägen des EP für die VO über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Personenverkehr vom 14.11.2001 könnten verbindliche Kriterien festgelegt werden, z. B. ein Tätigwerden in einem Radius von unter x km, bei denen von der Vermutung fehlender Auswirkungen auszugehen wäre und das Örtlichkeitsprinzip uneingeschränkt gilt*).

Die Kommission befasst sich zurzeit mit der Frage der Binnenmarktrelevanz vor dem Hintergrund des Altmark-Trans-Urteils, so dass verbindliche Aussagen hierzu erst anschließend getroffen werden können.

## Anlage

### C. Empfehlung zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei kommunalen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Rahmen des EU-Rechts

#### I. Einleitung

Die Kommunen in Deutschland erbringen in den unterschiedlichsten Bereichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Dieser dem Art. 86 Abs. 2 EGV entnommene Begriff entspricht weitestgehend den sog. Leistungen der "Daseinsvorsorge". Diese Regelung ist Bestandteil des EU-Wettbewerbs- und insbesondere des Beihilfenrechts, das in Art. 87 bis 89 EGV geregelt ist. Das Beihilfenrecht kann für eine Vielzahl kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen Bedeutung gewinnen, die auf Kompensationsleistungen aus dem kommunalen oder einem anderen, der öffentlichen Hand zuzurechnenden Haushalt angewiesen sind. Hier kann das Beihilfenrecht die Kommunen vor eine Vielzahl von erheblichen Problemen stellen (zur Gesamtproblematik siehe die Ausführungen unter A. und B.).

Mit dieser Empfehlung sollen den Kommunen Orientierungen an die Hand gegeben werden, um kommunale Dienstleistungen, die sie mit eigenen Unternehmen und Betrieben (kommunaler Anteil von 50 % und mehr) selbst erbringen, soweit wie möglich EU-rechtskonform auszugestalten.

#### II. EU-rechtliche Grundlagen für Leistungen der Daseinsvorsorge

Die zentrale Vorschrift für Leistungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist Art. 86 Abs. 2 EGV. Die Kriterien dieser Vorschrift bilden das rechtliche Prüfraster für alle Fälle, in denen kommunale Unternehmen Unterstützungen entweder durch direkte Beihilfen z. B. in Form von Subventionen, verbilligten Krediten, vergünstigten Bürgschaften, der verbilligten Bereitstellung von Grundstücken bzw. Infrastruktur usw. erhalten, die sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten würden. Auch die Einstufung **notwendiger Kompensationsleistungen** an kommunale Unternehmen, also reiner Ausgleichsleistungen für die Erbringung von notwendigen Leistungen der Daseinsvorsorge, die unter normalen Marktbedingungen wirtschaftlich nicht zu erbringen sind, orientiert sich am Prüfraster des Art. 86 Abs. 2 EGV.

Im Folgenden werden der Vollständigkeit halber zunächst unter 1. kurz diejenigen Kriterien erwähnt, unter denen die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV sowie der beihilferechtlichen Kriterien des EU-Rechts **nicht** erforderlich ist. Unter 2. werden dann die relevanten Kriterien erläutert.

## 1. Keine Anwendung des EU-Beihilferechts

- 1.1 Das kommunale Unternehmen erhält finanzielle Mittel oder Sachmittel von der Kommune (öffentliche Hand) oder einer ihr zuzurechnenden Einrichtung zu **normalen Marktkonditionen**. In diesem Fall liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs.1 EGV vor. Ein Anmelde- und Genehmigungsverfahren für die jeweilige Maßnahme gemäß Art. 88 Abs. III EGV (Notifizierung) kann somit entfallen. Grundsätzlich ist dies immer dann der Fall, wenn sich ein rein privatwirtschaftlicher Akteur in vergleichbarer Weise verhalten hätte („Market-Economy-Test“).

Für die einzelnen denkbaren Zuwendungssachverhalte (z.B. Bürgschaften, vergünstigter Veräußerungspreis, finanzielle Beteiligung an einem Unternehmen) wurden unterschiedliche Kriterien entwickelt, anhand derer ermittelt werden kann, ob eine Zuwendung zu normalen Marktkonditionen erfolgte, ob sich also ein rein privatwirtschaftlicher Akteur vergleichbar der Kommune verhalten hätte, oder ob sie eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt. Die wesentlichen Fallgruppen sollen hier kurz dargestellt werden:

- a) Fungiert die Kommune als **Kapitalgeber** ihres eigenen Unternehmens sind die entsprechenden Mittel dann nicht als Beihilfe anzusehen, wenn die Zuwendung unter Umständen erfolgt, die den normalen Marktbedingungen entsprechen. Es ist also zu prüfen, ob ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die Kommune unter den gleichen Umständen hätte veranlasst werden können, Kapitalhilfen des betreffenden Umfangs zu gewähren (EuGH, Urteil vom 16.05.2002, Rechtssache C-482/99). Dabei muss das Verhalten der Kommune aber nicht etwa mit dem wahrscheinlichen Verhalten eines an kurzfristigen Gewinnen interessierten Investors verglichen werden. Kommunen verfolgen mit ihren Unternehmen keine kurzfristigen Gewinnabsichten. Das Interesse, das sie mit einer Kapitalinvestition in ein eigenes Unternehmen verfolgen, ist vielmehr die Absicherung einer bestimmten gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung. Der EuGH hat aber als Mindestmaßstab das Verhalten einer privaten Unternehmensgruppe herangezogen, die eine sektorielle Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt ( EuGH, Urteil vom 21.3. 1991, Rechtssache C-305/89). Für gemischtwirtschaftliche Unternehmen von Bedeutung ist, dass dem Prinzip des privaten Kapitalgebers jedenfalls dann Genüge getan wird, wenn eine Kapitalzufuhr der Kommune im Zusammenhang mit einer Kapitalzufuhr eines privaten Investors zu vergleichbaren Konditionen erfolgt (EuGH, Urteil vom 12.12.2000, Rechtssache T-296/97).
- b) In ihrer Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei **Verkäufen von Bauten oder Grundstücken** durch die öffentliche Hand vom 10. Juli 1997 (ABl. Nr. C 209/3 vom 10. Juli 1997) legt die Europäische Kommission fest, dass eine Beihilfe durch einen ermäßigten Verkaufspreis einer Immobilie dann ausgeschlossen ist, wenn eines von zwei dort aufgezeigten Verfahren gewählt wurde:

entweder erfolgt der Verkauf durch ein bedingungsfreies Bieterverfahren oder auf der Grundlage eines unabhängigen Wertgutachtens.

- c) Die Kommission legt in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und **Bürgschaften** (ABl. C 71 vom 11.3.2000) Kriterien fest, anhand derer ermittelt werden kann, ob und in welcher Höhe eine Garantie (z.B. Bürgschaft) einer Kommune zu Gunsten des eigenen Unternehmens eine Beihilfe darstellt. Als Beihilfe werden dabei z.B. die aufgrund der Bürgschaft der Kommune für das Unternehmen günstigeren Darlehenskonditionen, d.h. günstigeren Zinssätze, eines Kreditinstituts angesehen. Ihre Höhe ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Marktzins und dem Zins, der dem Unternehmen aufgrund der Bürgschaft eingeräumt wurde. Eine Beihilfe ist nach den in der Mitteilung genannten Kriterien aber gleichwohl dann nicht gegeben, wenn das Unternehmen nicht in finanziellen Schwierigkeiten ist, grundsätzlich auch ohne die Bürgschaft den Kredit zu Marktkonditionen erhalten würde, die Bürgschaft maximal 80% der Kreditsumme deckt und das Unternehmen für die Bürgschaft eine marktübliche Prämie an die bürgende Kommune zahlt.

1.2 Der Beihilfentatbestand ist auch dann nicht erfüllt, wenn eine kommunale Zuwendung an das eigene Unternehmen lediglich als ein Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von dem Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden (EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rechtssache C-280/00, Altmark Trans). Ob dies der Fall ist, hängt von den folgenden Kriterien ab:

- das Unternehmen ist tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden, und diese Verpflichtungen sind klar definiert worden;
- die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden;
- der Ausgleich geht nicht über das hinaus, 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;
- die Höhe des erforderlichen Ausgleichs ist, wenn die Wahl des eigenen Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt (was nur sehr selten der Fall sein dürfte), auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das angemessen ausgestattet ist, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.



Da sich diese Kriterien sehr stark an einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Art. 86 Abs. 2 EGV orientieren, wird zur näheren Ausfüllung auf die unter 2. „Anwendung der Regeln nach Art. 86 Abs. 2 EGV“ getroffenen Aussagen verwiesen.

- 1.3 Nach der De-minimis-Freistellungs-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der KOM vom 12.01.2001-Abl.L 10 vom 13.1.2001, 1.30-32-) unterfallen Beihilfen in einer Gesamtsumme in Höhe von bis zu 100.000 €, die innerhalb eines Zeitraums von 3 Jahren an ein und denselben Beihilfeempfänger gezahlt werden, nicht dem Beihilferecht. Eine vorherige Anmeldung dieser De-minimis-Beihilfen bei der Kommission (= Notifizierungsverfahren) ist nicht notwendig.

*Die 100.000 € - Grenze bezieht sich auf Barzuwendungen:*

- *Zugrunde zu legen sind Bruttobeträge, d.h. die Beträge vor Abzug der direkten Steuern.*
- *Wird die Beihilfe nicht als Zuschuss gewährt, ist der sog. Bruttosubventionssäquivalent anzusetzen (vgl. z.B. ausführlich: Bürgschaftsmitteilung der EU-Kommission vom 11.03.2000 – 2000/C71/07).*
- *In mehreren Tranchen gezahlte Beihilfen werden auf den Zeitpunkt der Gewährung mit dem damals geltenden Zinssatz abzuzinsen.*

Andere Beihilfen, die nicht auf Basis der De-minimis-Verordnung gezahlt werden und somit dem normalen Notifizierungsverfahren unterliegen, werden nicht auf die 100.000 € - Grenze angerechnet.

*Die De-minimis-Verordnung regelt auch das Verfahren, wie der Nachweis der Einhaltung der Obergrenzen einzuhalten ist.*

- *Dem Beihilfeempfänger (=das kommunale Unternehmen oder ein drittes be-  
trautes Unternehmen) ist gegenüber klarzustellen, dass er eine De-minimis-  
Beihilfe erhält. Dazu ist ihm eine De-minimis-Bescheinigung auszustellen.*

Muster De-minimis-Bescheinigung:

#### **De-minimis-Bescheinigung für das Unternehmen ....**

*Bei der bewilligten Zuwendung handelt es sich um eine De-minimis-Beihilfe im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis-Beihilfen“. Der maximal zulässige Gesamtbetrag solcher Beihilfen beträgt innerhalb von drei Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten Beihilfe des fließenden Drei-Jahres-Zeitraums 100.000 €. Dieser Betrag umfasst alle Formen von öffentlichen Beihilfen (Zuschüsse, Beteiligungen, Darlehen, Bürgschaften), die als De-minimis-Beihilfen gewährt wurden, und berührt nicht die Möglichkeit, dass der Empfänger sonstige von der Kommission genehmigte oder freigestellte Beihilfen erhält.*

<i>Datum Bewilligungsbe- scheid</i>	<i>Zuwendungsge- ber</i>	<i>Aktenzeichen</i>	<i>Fördersumme in €</i>	<i>Subventionswert in €</i>

*Nach Abzug bereits erhaltener Subventionswerte vom Schwellenwert 100.000 € verbleibt eine Restfördermöglichkeit von .... €*

#### **HINWEIS:**

*Diese Bescheinigung ist vom Unternehmen 10 Jahre aufzubewahren und auf Anforderung der EU-Kommission, der Bundesregierung, der Landesverwaltung oder der bewilligenden Stelle innerhalb von einer Woche oder einer in der Anforderung festgesetzten längeren Frist vorzulegen. Wird die*

*Bescheinigung innerhalb der Frist nicht vorgelegt, entfällt rückwirkend die Bewilligungsvoraussetzung und die Beihilfe zzgl. Zinsen werden zurückgefordert.  
Die Bescheinigung ist bei zukünftigen Beantragen als Nachweis für die vergangenen De-minimis-Beihilfen vorzulegen.*

- *Vom Beihilfeempfänger ist im Gegenzug eine vollständige Übersicht über die sonstigen in den letzten drei Jahren erhaltenen De-minimis-Beihilfen dem Beihilfegeber (= der Kommune) an Hand der erhaltenen De-minimis-Bescheinigungen vorzulegen.*
- *Der Beihilfegeber überprüft an Hand dieser Aufstellung die Einhaltung der De-minimis-Grenze unter Einschluss der von ihm geplanten Beihilfegewährung..*
- *Die mit der Anwendung der De-minimis-Verordnung zusammenhängenden Informationen sind aufzubewahren und zehn Jahre vom Zeitpunkt der Gewährung der (letzten) De-minimis-Beihilfe an zur Verfügung zu halten.*

1.4 Das kommunale Unternehmen nimmt Dienstleistungen wahr, die einen **nichtwirtschaftlichen** Charakter haben - im Gegensatz zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.d. Art. 86 Abs.2 EGV.

Bei Einhaltung folgender Kriterien handelt es sich – EU-rechtlich - um eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit:

- Es handelt sich um sog. klassische Hoheitstätigkeiten, z. B. im Überwachungsbereich bzw. um Tätigkeiten, die unmittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, d. h. der Staat tritt in seiner Funktion als Ordnungsmacht auf,
- oder
- um Leistungen, insbesondere auf dem sozialen, kulturellen oder bildungspolitischen Sektor, für die es keinen Markt gibt. Dies ist anzunehmen, wenn
    - es sich um Tätigkeiten handelt, die weitgehend einem *gesetzlich definierten staatlichen Auftrag* entsprechen und über eine bloße Marktkorrektur hinausgehen. Je deutlicher dieser Auftrag definiert ist und je geringer der eigenständige Handlungsspielraum der Einrichtung ist, umso eher kann eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vermutet werden,
    - die Wahrnehmung der Aufgabe überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert wird (= ohne öffentliche Mittel keine Aufgabe),
    - eine Gewinnerzielungsabsicht offensichtlich nicht besteht.

Tätigkeiten, die dem im ersten Spiegelstrich genannten Kriterium (klassische Hoheitsfunktionen wie z.B. Polizei, nationale Sicherheit u.s.w. ) entsprechen, sind auf kommunaler Ebene zumindest in den hier zu betrachtenden Bereichen nicht stark ausgeprägt. Neben den ordnungsbehördlichen und Personenstandsaufgaben sowie den zur Brandbekämpfung und Not- bzw. Unglücksfallhilfe vorzuhaltenden Feuerwehreinrichtungen, für die allerdings keine betriebliche oder unternehmens-

ähnliche Organisationsform zu wählen ist, kann dieses Kriterium u.U. im Bereich der Abwasserbeseitigung als sog. pflichtiger Selbstverwaltungsaufgabe ( vgl. z.B. § 53 LWG NRW ) erfüllt sein.

Dies gilt allerdings nur, wenn und soweit die Aufgabe der Abwasserbeseitigung „ganzheitlich“, d.h. unter Einschluss und entsprechender Betonung der hiermit einhergehenden Ordnungs- und Eingriffsfunktionen sowie sonstiger Hoheitsrechte wie z.B. der Befugnis zum Erlass von Satzungen zur Festlegung öffentlicher Abgaben oder zur Ausübung des Anschluss- und Benutzungszwangs wahrgenommen wird. Findet eine Fragmentierung der Aufgaben und – wie häufig anzutreffen - eine zumindest organisatorische Separierung des betrieblichen Durchführungsteils der Aufgaben statt, wird letzterer jedenfalls EU-rechtlich nicht mehr als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden können.

Bei den im zweiten Spiegelstrich angesprochenen Leistungen, für die es keinen Markt gibt und die einem gesetzlich definierten staatlichen Auftrag folgen, kommen aus den aufgeführten Aufgabenbereichen beispielhaft in Betracht

- die Aufgaben des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach den Vorschriften des KJHG und der hierzu erlassenen Ausführungsgesetze der Länder,
- die Schaffung von Kindertageseinrichtungen nach den Vorschriften des GTK und der hierzu erlassenen Ausführungsgesetze,
- die Errichtung und Unterhaltung von Einrichtungen der Weiterbildung ( vgl. z.B. § 10 Weiterbildungsgesetz NRW )

und einiges mehr.

- 1.5 Es findet durch die einem kommunalen Unternehmen gewährten staatlichen Mittel bzw. Unterstützungsmaßnahmen - auch wenn sie nicht zu normalen Marktkonditionen erfolgen – aufgrund der **örtlichen Begrenztheit des betreffenden Marktes** keine Verfälschung (Beeinträchtigung) des Wettbewerbs statt, der mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar ist (Art. 87 Abs. 1 EGV). Die KOM hat dieses Kriterium bisher nicht näher konkretisiert, plant aber offensichtlich vor dem Hintergrund des Altmark-Trans-Urteils eine Konkretisierung. Hier war für den Verkehrsbereich festgestellt worden, dass die Beeinträchtigung des Handels nicht vom regionalen oder lokalen Charakter der Dienste abhängt. Bis dahin können folgende Bedingungen Hinweise dafür geben, dass keine Binnenmarktrelevanz vorliegt:

- Die wahrzunehmende Tätigkeit gehört eindeutig zum Kernbereich der kommunalen Aufgaben und weist entsprechende spezifische Merkmale auf (= sachliche Abgrenzung des Marktes).
- Die Betätigung kommt mehrheitlich den Bürger/innen der betreffenden Örtlichkeit zugute.
- Der spezifische örtlich bezogene Aufgabenbezug ist im Betrauungsakt klar umschrieben (= Präzisierung der sachlichen Abgrenzungscharakteristika).
- Unter Anwendung des Grundgedankens der sog. "Dorsten-Entscheidung" der KOM (N 258/00 vom 12.01.2001) ist hier dann eine Marktverfälschung auszuschließen, wenn die Tätigkeit des Unternehmens auf das lokale Umfeld der Kommune konkret beschränkt wird und

das in der Gemeindeordnung festgelegte **Örtlichkeitsprinzip** uneingeschränkt gilt (= verstärkende räumliche Abgrenzung des Marktes).

Für die liberalisierten, netzgebundenen öffentlichen Dienste wie Energie kann das Örtlichkeitsprinzip nicht zugrunde gelegt werden, da der konkrete Markt ex definitione europaweite Dimensionen hat.

## 2. Anwendung der Regeln nach Art. 86 Abs. 2 EGV

Für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i. S. d. Art. 86 Abs. 2 EGV sind nach der Prüfungspraxis der EU-Kommission und der Rechtsprechung des EuGH folgende Merkmale als wesentliche Prüfkriterien zu beachten und einzuhalten (siehe hierzu die Mitteilung der Kommission zu "Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa" vom 20.09.2000, Az. KOM (2000) 580 endgültig oder die "Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Az.: 2001/C 320/04, siehe hier Rdnr. 29)":

- 2.1 Die zu erbringende(n) Dienstleistung(en) der Daseinsvorsorge ist/sind als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse möglichst konkret zu definieren;
- 2.2 Die Einrichtung bzw. das Unternehmen, das diese Dienstleistung erbringt, ist mit dieser Aufgabe konkret zu betrauen;
- 2.3 Die Anwendung der EU-Wettbewerbs- bzw. Beihilferegeln muss die Erfüllung der übertragenen Aufgabe "verhindern" bzw. zumindest beeinträchtigen; gleichzeitig darf hierdurch der Handelsverkehr nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, dass dieses dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderläuft.

### Zu 2.1: Definition der Leistung

#### **Weitgehende Definition von Leistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse durch Rückgriff auf die nationale Rechtsordnung**

Nach der o.g. Mitteilung bzw. dem Bericht der KOM zur Daseinsvorsorge zum Europäischen Gipfel in Laeken vom 17.10.2001 sowie auch der Rechtsprechung des EuGH obliegt es grundsätzlich den Mitgliedsstaaten und ihren Untergliederungen, zu definieren und festzulegen, welche Leistungen als solche der Daseinsvorsorge zu erbringen und wie sie zu definieren sind. Die Kommission beschränkt sich hier auf eine Kontrolle offensichtlicher Fehler, verlangt aber, dass der öffentliche Auftrag für diese Dienstleistung so präzise wie möglich definiert wird. Dieses sollte im Regelfall durch eine gesetzliche oder untergesetzliche Regelung erfolgen. **Damit kann dieses auch - sofern nötig - im Rahmen kommunaler Satzungen - dazu zählen auch die Eigenbetriebssatzungen oder Gesellschaftsverträge - geregelt werden.**

Für einzelne Bereiche gibt es fachgesetzliche Regelungen, durch die der Gesetzgeber den Kommunen und anderen Gebietskörperschaften konkrete Aufgaben zugewiesen und näher ausgestaltet hat. In diesen Fällen hat der Gesetzgeber ein konkretes öffentliches Interesse an der Aufgabenwahrnehmung festgeschrieben (z. B. für den Rettungsdienst und Krankentransport aufgrund §§ 6 ff. RettG NRW). Diese Regelungen enthalten z.T. ausreichend konkrete Definitionen bzw. Umschreibungen der zu erbringenden Leistungen.

Soweit keine spezialgesetzlichen Aufgabenzuweisungen bestehen, ist zunächst auf die jeweilige Gemeindeordnung zurückzugreifen. Einige Gemeindeordnungen, z. B. die Gemeindeordnung NRW (GO NRW) umschreibt Aufgaben der Daseinsvorsorge zwar auch nicht in dem umfassenden und konkreten Sinne, wie dieses nach Art. 86 Abs.2 EGV im Einzelfall gefordert wird. Allerdings zählen §107 Abs. 2 GO NRW oder auch der Art. 83 I der Verfassung des Freistaates Bayern eine Vielzahl von Tätigkeitsbereichen auf, die der Gesetzgeber ausdrücklich den Kommunen den Aufgaben der Daseinsvorsorge zuordnet. Hiermit sind zumindest kraft Entscheidung des Gesetzgebers Aufgabengebiete der Daseinsvorsorge grob definiert worden. Diese Aufgaben könnten mit Blick auf die konkrete Definition als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse möglicherweise bei einer Liste im obigen Sinne unter der Rubrik "ergänzungsbedürftig durch die Kommune" subsumiert werden. Andere Gemeindeordnungen sehen keine detailscharfe Abgrenzung von wirtschaftlichen bzw. nichtwirtschaftlichen Leistungen vor, so dass hier auch "Krücken" einer "Vordefinition" bestimmter Aufgaben als Bereich der Daseinsvorsorge durch den Gesetzgeber fehlen.

Um der EU-rechtlichen Forderung nach einer möglichst präzisen Konkretisierung der wachzunehmenden Aufgaben gerecht zu werden, muss in diesen Fällen die jeweilige Kommune die von ihr wahrgenommenen oder wachzunehmenden Aufgaben über Satzungsrecht weiter präzisieren und entsprechende "Planziele" umschreiben oder festlegen. Vorbilder für derartige "planziefestlegende Satzungen" können z. B. der Bauleitplanung entnommen werden oder in Anlehnung an Sanierungssatzungen nach §§ 140 ff. BauGB.

Folgende Punkte der Festlegung und Definition der zu erbringenden, gemeinwohlorientierten Leistungen sollten in einer solchen Satzung als Mindestinhalte festgeschrieben werden:

- Festlegung von Anschluss- und Benutzungspflicht für diese Leistungen
- Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung
- Berücksichtigung der Anforderungen der Nutzer/innen
- Berücksichtigung der Bedürfnisse bestimmter Bevölkerungsgruppen
- Wahrung des Gesundheits- und Umweltschutzes
- Beachtung des Transparenzrichtlinie-Gesetzes sowie der sog. "Transparenzrichtlinie" (Richtlinie KOM 2000/52/EG vom 26.07.2000; Abl.: L 193/75 v. 29.07.2000); danach müssen Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden oder die mit Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, intern getrennte Konten zur Erfassung der Kosten und Erlöse einerseits für alle Geschäftsbereiche und andererseits für jeden weiteren Geschäftsbereich führen. Die Richtlinie gilt nicht für Unternehmen bzw. Dienstleistungen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten kaum merklich beeinträchtigen und auch nicht für Unternehmen, deren Nettoumsatz insgesamt weniger als 40 Mio. € beträgt.

**Zu 2.2:        Betrauung mit der Leistung**  
**Betrauungsakt auf der Grundlage der jeweiligen GO nebst einer klar um-**  
**schriebenen vertraglichen Beauftragung**

Art. 86 Abs.2 EGV erfordert einen sog. "Betrauungsakt", mit dem die wachzunehmende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dem ausführenden Unternehmen "übertragen" wird. Die Voraussetzungen eines Betrauungsakts erfüllen - abhängig von der Gesellschaftsform - im Regelfall z. B. die Gesellschaftsverträge, die Kommunen mit ihren

Unternehmen abschließen, um eine öffentliche Aufgabe für die Kommunen zu erbringen. Der Betrauungsakt muss nicht speziell durch einen Verwaltungsakt oder ein Gesetz erfolgen; es reicht eine klar umschriebene Definition auf vertraglicher Basis seitens der beauftragenden Kommune aus (siehe Rdnr. 22 der KOM-Mitteilung).

Ein derartiger Betrauungsakt sollte im Zweifel für sämtliche kommunalen Unternehmen erfolgen, auf die die Kommune einen beherrschenden Einfluss ausübt. Dieses schließt nicht nur Unternehmen oder Betriebe mit ein, an denen die Kommune 50,1 % der Anteile hält. Bei Eigenbetrieben oder wirtschaftlich agierenden Untergliederungen der Verwaltung muss die Betrauung ggf. auf Satzungsebene erfolgen.

Über die allgemeinen Erwägungen hinaus, die in der satzungsmäßigen Beschreibung der Aufgabe erfolgen, sollte der (vertragliche) Betrauungsakt mindestens folgende Punkte enthalten (siehe hierzu Ziff 8-13 der KOM-Mitteilung vom 20.09.2000):

- Festlegung der Ziele und Aufgaben im Rahmen der zu erbringenden Dienstleistung;
- Festschreibung der Gemeinwohlverpflichtung (mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht);
- Eindeutige Festlegung der Mindestanforderungen an die Qualität, die technischen Anforderungen, das Gesundheitsschutzniveau und die materielle Sicherheit der Leistungen;
- vollständige Transparenz in Bezug auf Entgelte, Vertragsbedingungen, Finanzierung des Anbieters;
- Ermittlung der Höhe evtl. notwendiger Kompensationen sowie Quersubventionierung mit wiederholten Überprüfungen zwecks Anpassung, Einhaltung der De-minimis-Grenzen;
- Transparenz der öffentlichen Verantwortung für die Dienstleistungen

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die KOM es für notwendig hält, dass die korrekte Definition und Erbringung der Dienstleistung im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Rahmen der Beauftragung in irgendeiner Form überwacht wird. Hierbei ist auf die Ausführung der Rundfunkmitteilung hinzuweisen: Hier legt die KOM für den Rundfunkbereich starken Wert auf das Vorhandensein einer entsprechenden Aufsichtsbehörde, die insbesondere die im Rahmen der zu erbringenden Leistung zu erfüllenden Qualitätsstandards und deren Einhaltung zu überwachen hat (Rdnr. 41 der Rundfunk-Mitteilung).

Einen entsprechenden bzw. vergleichbaren Ansatz in kommunalwirtschaftlichen Angelegenheiten hierzu sieht z. B. die GO NRW vor (siehe z. B. § 86 Abs. 2 §§ 116, 117 GO NRW).

### **Zu 2.3: Die Anwendung der Wettbewerbsregeln muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Leistungen verhindern und darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht entgegen dem Gemeinschaftsinteresse beeinträchtigen**

Die Wertigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist durch Art. 16 EGV auch europarechtlich anerkannt und muss bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln Berücksichtigung finden. Für das Beihilferecht und die Fälle, in denen Unternehmen keine ausschließlichen Rechte, sondern "nur" Beihilfen oder notwendige Kompensationsleistungen zur Erfüllung ihrer Aufgabe gewährt werden, geht es dabei um die Frage, ob ein Verbot der staatlichen Finanzierung die Erfüllung der Aufgabe tatsächlich verhindern würde, weil

eine wirtschaftliche Erfüllung nicht möglich ist (siehe KOM-Entscheidung: Kinderkanal/Phoenix, Az.: NN 70/98). Oder, anders ausgedrückt: kann die zu erbringende Dienstleistung nur unter Gewährung einer Kompensationsleistung- bzw. Zahlung erbracht werden **und** ist diese der Höhe nach angemessen. Es geht also um die Verhältnismäßigkeit bzw. **Proportionalität der Leistung**.

Sofern die Kompensationsleistung verhältnismäßig (proportional) ist, liegt keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs vor.

#### a) Sicherstellung der Proportionalität der Leistung

Die KOM verlangt möglichst konkrete Nachweise dafür, dass keine Überkompensation der erbrachten Leistungen erfolgt. Eine Überkompensation ist als unzulässige Beihilfe zu bewerten. Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit bzw. Proportionalität der Leistung setzt zunächst dreierlei voraus:

- Die zu erbringende Aufgabe und die einhergehenden Sonderlasten sind hinreichend konkretisiert.
- Die gewährten Ausgleichsleistungen sind präzise dargelegt.
- Der Zusammenhang zwischen Sonderlasten und gewährtem Ausgleich wird erklärt und ist transparent.

Nur wenn die beiden ersten Bedingungen erfüllt sind, kann auch die Dritte am Maßstab der Proportionalität geprüft werden!

- Im Regelfall kann dieser "Nachweis" laut KOM durch eine Ausschreibung erbracht werden, weil durch den Bieterwettbewerb unterstellt wird, dass ein marktgerechter Preis ermittelt werden kann. Eine solche Ausschreibung ist rechtlich jedoch nicht vorgeschrieben, sondern trägt lediglich die Vermutung in sich, dass hierdurch marktgerechte Preise bzw. Kompensationsleistungen erzielt werden können (siehe hierzu den KOM-Bericht zum Europäischen Gipfel zu Laeken zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 17.10.2001, Rdnr. 29). Dieser Weg ist für kommunale Unternehmen, die entsprechende Leistungen bereits erbringen, unpraktikabel.
- Auf anderen Gebieten - z. B. bei kommunalen Grundstücksverkäufen, die bei zu günstiger Abgabe auch Beihilfeelemente enthalten können - gibt sich die KOM mit gutachterlichen Bewertungen zufrieden.
- Im Rahmen der Kommissionsentscheidung zur Finanzierung des neu eingerichteten Senders "Kinderkanal/Phoenix" (Az.: N 70/98) sah es die Kommission als ausreichend an, dass der Finanzierungsbedarf des Senders von einer unabhängigen Kommission (der *KEF*) ermittelt und im Abstand von mehreren Jahren erneut überprüft wurde.

Die Phoenix/Kinderkanal - Entscheidung weist darauf hin, dass eine *angemessene* Kompensation von Leistungen jenseits von Ausschreibungen sich an den **tatsächlichen Kosten**, d. h. an den zur Aufgabenerfüllung in dieser Form notwendigen Kosten, orientieren muss. Die

Kompensation muss einer regelmäßigen Überprüfung und Anpassung unterworfen werden, wie auch Ausschreibungen in regelmäßigen Abständen stattfinden müssen.

Eine ständige Überprüfung und Anpassung der Kostenentwicklung ist insbesondere deswegen erforderlich, weil das EU-Wettbewerbsrechts auch im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darauf abzielt, *"die Verbraucher in den Genuss hochwertiger Dienstleistungen zu den günstigsten Marktpreisen kommen"* zu lassen (Bericht der KOM zu Leistungen der Daseinsvorsorge für den EU-Gipfel in Laeken vom 17.10.2001, Rdnr.38).

Das bedeutet, dass die von kommunalen Unternehmen erbrachten Leistungen sich im Regelfall an - soweit feststellbar - marktgängigen Preisen oder vergleichbaren Preisen für diese Leistungen orientieren sollen. In den Fällen, in denen kommunale Unternehmen Kompensationsleistungen für die erbrachten Leistungen erhalten, sind diese so niedrig wie möglich zu halten. Als Maßstab sind hierbei die zu erwartenden Kosten und Entgelte für Leistungen heranzuziehen, die das Unternehmen bei kaufmännischer Geschäftsführung und unter Berücksichtigung der Marktlage zugrunde gelegt hätte; diese sind in Relation zu denjenigen Kosten und Entgelten zu setzen, die dem Unternehmen aufgrund seiner gemeinwohlorientierten Verpflichtung entstehen, allgemein zugängliche sowie qualitativ hochwertige und erschwingliche Leistungen zu erbringen. Der hieraus entstehende Differenzbetrag bildet die Obergrenze für die Kompensationsleistungen (siehe hierzu z.B. Verordnung (EWG) 1191/69 vom 26.6.1969, Art.11).

Außer Wirtschaftlichkeitserwägungen können diese Kosten u.a. durch folgende Gesichtspunkte mitbestimmt werden:

- Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung
- Sicherstellung einer dauerhaften Versorgungssicherheit
- kurzfristige Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen
- Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Leistungserbringung
- Sicherstellung eines qualitativ hohen Niveaus der Leistungserbringung
- Berücksichtigung von umweltrelevanten Aspekten

Wie die Angemessenheit der Kosten bzw. Kompensationsleistungen ermittelt und überprüft wird, muss im einzelnen im Sinne einer Plausibilitätskontrolle näher festgelegt werden. Die Kommune wird hierfür aber Vorkehrungen treffen und die Proportionalität der Ausgleichsleistungen nachweisen müssen. Dieses kann geschehen durch

- unabhängige externe gutachterliche Bewertung, sofern dieses in Anbetracht der zu erbringenden Leistung möglich ist oder
- durch interne Bewertung einer unabhängigen Instanz. Hierfür bietet sich - sofern vorhanden - die Heranziehung der unabhängigen Rechnungsprüfungsämter (§ 102 GO NRW) an. Auch wenn die Rechnungsprüfungsämter Teil der jeweiligen Kommune sind, genießen sie von Gesetzes wegen eine unabhängige Stellung. In einzelnen Kommunen werden diese bereits im Vorfeld einer Vergabe von der Vergabestelle eingeschaltet, um Angebote zumindest unter Plausibilitäts Gesichtspunkten von der Kostenseite her zu überprüfen.
- u. U. Überprüfung durch die für die Preisprüfung nach der Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953 (BAnz. Nr.244) zuständigen Behörden



Bei dieser Überprüfung darf es nicht allein auf eine reine betriebswirtschaftliche Ermittlung "marktoptimaler" Kosten ankommen; vielmehr muss es möglich sein, aufgrund der weit zu fassenden Grundversorgungsverpflichtung einer Kommune eine etwas weniger scharf zu umreißende Angemessenheit der Kompensationsleistungen zuzulassen, als es innerhalb eines betriebswirtschaftlich optimalen Modells denkbar wäre.

#### **b) Besonderheiten bei besonderen oder ausschließlichen Rechten**

Durch die Übertragung besonderer oder ausschließlicher Rechte erlangen Unternehmen, die Daseinsvorsorgeleistungen erbringen, ggf. und insofern eine monopolartige Stellung. Da hier im Zweifel neben den Beihilfenvorschriften auch andere Vorschriften des EG-Vertrages berührt sein können, sollte die Notwendigkeit solcher ausschließlichen Rechte näher begründet werden. Dieses sollte im Rahmen der Satzung oder zumindest des Betrauungsaktes geschehen. Insbesondere sollte dargelegt werden, dass die Übertragung ausschließlicher Rechte für die Erfüllung der besonderen Aufgabe durch das Unternehmen notwendig ist und die Aufgabe ohne sie nicht zu erfüllen wäre. Grund für eine solche Monopolstellung kann die Notwendigkeit sein, die Erfüllung der besonderen Aufgabe der Daseinsvorsorge zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen, da ansonsten die Erfüllung der Aufgabe verhindert werden würde (Art. 86, 2). Dabei ist es nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht wird (EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Az.:C-159/94, Rdnr.59). Eine Beeinträchtigung kann ausreichend sein.

Schließlich sollten Vorkehrungen getroffen werden, um einen Missbrauch der beherrschenden Stellung zu unterbinden bzw. getroffene Regelungen dahingehend überprüft werden, ob sie das Unternehmen zwangsläufig zu einem Missbrauch seiner beherrschenden Stellung zwingen.

Eine Ausnahmesituation stellt vor dem dargelegten Hintergrund die Ausübung bzw. Anwendung des kommunalrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs aus folgenden Gründen dar:

- Anschluss- und Benutzungszwang kommt nur in speziellen Aufgabenbereichen wie der Wasserversorgung bzw. Abwasserentsorgung oder ggf. der Schlachthofbenutzung unter der Voraussetzung eines durch Gesichtspunkte der Volksgesundheit oder Hygiene begründeten öffentlichen Bedürfnisses in Betracht und stellt im Kern eine öffentliche Ordnungsmaßnahme und keine Marktregulierung dar.
- Die Anwendung des Rechtsinstituts erfolgt somit nur in Bereichen, für die bislang keine Marktöffnung bzw. Liberalisierung stattgefunden hat.
- Da dem gemäß ein Markt tatsächlich nicht besteht, kann die Anwendung des Instituts auch keinen Marktmissbrauch darstellen bzw. zur Folge haben.
- Die Ausübung von Anschluss- und Benutzungszwang stellt einen Eingriff in subjektiv öffentliche Rechte einzelner Bürger dar, der an Hand der jeweiligen kommunalrechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Normierung national(verwaltungs-)gerichtlich nachprüfbar ist. Adressaten der Maßnahme sind somit natürliche Personen ( z.B. Grundstückseigentümer ) und nicht etwa konkurrierende Marktunternehmen.