



Brüsseler Kreis

**Expertise zur Bedeutung Europäischen Rechts
für die Träger sozialer Dienstleistungen –
namentlich im Beihilfe- und Vergaberecht**

von Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Kontakt

Brüsseler Kreis
Daniel Kiesel
Siggenweilerstraße 11
D-88074 Meckenbeuren

Telefon: +49 7542 10-1256
Telefax: +49 7542 10-981256
E-Mail daniel.kiesel@stiftung-liebenau.de
www.bruesseler-kreis.de

Titelbild: © Visual Concepts - Fotolia.com

Vorwort

Die Europäische Kommission hat Ende des Jahres 2011 ein Gesetzespaket vorgelegt, in dem das Vergabe- und Beihilferecht für den sozialen Sektor der Mitgliedsländer näher bestimmt wird. Notwendig geworden waren diese Klarstellungen durch die wachsende Anwendung und Berücksichtigung „europäischer Vorgaben“ in den Mitgliedsländern einerseits und einer Fülle von Einzelentscheidungen des EuGHs in dieser Rechtsmaterie andererseits. Insbesondere der Verweis der Wohlfahrtspflege durch den EuGH in den Bereich wirtschaftlicher und marktbezogener Tätigkeiten bei der Erbringung ihrer Leistungen wurde und wird insbesondere in Deutschland kritisch diskutiert. Die Tradition des „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis“ steht hier offensichtlich oder vermeintlich im Widerspruch zur „Europäisierung“ der Leistungserbringung durch Vergabe und Beihilfe. Schließlich war diese Rechtsmaterie nicht primär für den sozialen Sektor entwickelt worden. Transparenz im Subventionswesen bei der Beschaffung öffentlicher Aufträge zielte auf die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, ohne im engeren Sinne „sozial“ zu sein. In fortschreitender Rechtsprechung wurden Leistungen zur Daseinsvorsorge bzw. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (im europäischen Sprachgebrauch sind damit soziale Dienstleistungen gemeint) zusehends den Regularien für Transparenz im Subventionswesen unterworfen.

Die Vorlage des Gesetzespaketes durch die Europäische Kommission wirft nun die Frage auf, wie der Rahmen aussehen wird, in dem die Mitgliedsländer künftig ihre sozialen Leistungen nach diesen Regularien erbringen müssen. Wird es Erleichterungen geben? Wird es mehr Bürokratie geben? In welchem Umfang sind die Mitgliedsländer gehalten, ihr nationales Recht zu ändern oder anzupassen?

Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland haben hierzu dezidiert Stellung bezogen. Der Brüsseler Kreis hat Prof. Dr. Dr. Eichenhofer (Universität Jena) gebeten, sich nicht nur zum Gesetzespaket, sondern grundsätzlich mit der Frage auseinanderzusetzen, wieweit die Anwendbarkeit der Beihilferegulierung und des Vergaberechtes auf Unternehmen der Sozialwirtschaft überhaupt gegeben sind. Denn nach wie vor ist die Begrifflichkeit der Europäischen Kommission unklar und der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten unbestimmt.

Wir danken Prof. Dr. Dr. Eichenhofer für seine fachkundige und sehr dezidierte Auseinandersetzung mit dieser Frage. Wir beteiligen uns mit diesem Beitrag an der Diskussion und bieten der Politik und Fachöffentlichkeit an, mit den Erfahrungen des Brüsseler Kreises zu konstruktiven Lösungen bei der nationalen Umsetzung europäischer Rahmenvorgaben zu gelangen.

Für den Brüsseler Kreis:
Wolfgang Egert
März 2013

Bedeutung Europäischen Rechts für die Träger sozialer Dienstleistungen – namentlich im Beihilfe- und Vergaberecht

Vorwort	3
Inhaltsverzeichnis	4
I. Einleitung	5
II. EU-Wirtschaftsrecht und dessen Folgen für das Sozialrecht	6
1. Primärrechtliche Vorgaben	6
2. Der Unternehmens-Begriff in der EuGH-Rechtsprechung	6
a) Funktionaler Unternehmens-Begriff	6
b) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	6
c) Art. 106 II 2 AEUV – Beschränkung des Wettbewerbsrechts auf das Erforderliche.....	7
3. Sozialleistungsträger als Unternehmen?	9
4. Freie Träger als Unternehmen?.....	10
III. Das europäische Beihilferecht und die soziale Daseinsvorsorge	12
1. Verbot der Beihilfegewährung	12
a) Was ist eine Beihilfe?	13
b) Legalausnahmen vom Beihilfeverbot	13
c) Befreiungsmöglichkeiten	15
d) Beteiligung der Kommission an der Beihilfegewährung durch die Mitgliedstaaten.....	15
2. Bedeutung des Europäischen Beihilferechts für die Träger sozialer Daseinsfürsorge.....	16
a) Träger sozialer Daseinsfürsorge als Unternehmen?.....	16
b) Honorierte gewerbsmäßige Tätigkeit	17
c) Unklare Tätigkeiten	17
3. Ausgleichsleistungen zugunsten von Universaldienstleistern – Neue Grundregeln	18
a) Ausschluss.....	19
b) Mindestbetrag jährlicher öffentlicher Zuwendungen.....	20
c) Tatbestandliche Formung der Ausgleichszahlung	20
4. Folgerungen	21
IV. Vergaberecht	21
1. Zweck des Vergaberechts.....	21
2. Prinzipien des Vergaberechts.....	22
3. Tatbestand des Vergaberechts.....	23
V. Fazit	24
Resümee	25

I. Einleitung

Europäische Integration bezweckt die Schaffung eines Binnenmarktes (Art. 3 III EUV), beruhend auf der Nichtdiskriminierung unter EU-Bürgern (Art. 18 AEUV), den Grundfreiheiten des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (Art. 28, 45, 49 und 63 AEUV), einem die Beschränkung der Marktfreiheiten entgegenwirkenden Wettbewerbs- und Vergaberecht (Art. 101 ff. AEUV) sowie dem Verbot staatlicher Beihilfen, weil auch diese durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen (Art. 107 AEUV).

Es ist umstritten, ob – und falls ja, wie weit – diese wirtschaftsrechtliche Ordnung der EU für die Erbringer sozialer Leistungen bedeutsam ist. Herkömmlich herrschte die Sicht vor, die Gewährung sozialer Leistungen könne – da dem Empfänger ohne Gegenleistung gewährt – kein erwerbswirtschaftliches Handeln darstellen. Andererseits findet im Sozialwesen ein erheblicher wirtschaftlicher Transfer von beträchtlicher kommerzieller Bedeutung und Tragweite statt.

Sozialrecht befähigt die Sozialleistungsempfänger zur Teilhabe am Wirtschaftsleben als Konsumenten und eröffnet ihnen den Zugang zu wertvollen Dienst- und Sachleistungen: Kranken(haus)behandlungen, Rehabilitationen, Pflege- und sonstigen Heimaufenthalten, Berufsförderung, Operationen, Arznei- und Hilfsmittelversorgung. Deren beträchtliche Kosten werden jedoch, statt von den Sozialleistungsempfängern, von den Sozialleistungsträgern aufgebracht. Außerdem konkurriert soziale Vorsorge mit dem Geschäftsfeld privater Versicherungsunternehmen.

Welche Bedeutung erlangt das Wirtschaftsrecht der EU für das Recht der Sozialleistungen? Welche Stellung haben die nicht-erwerbswirtschaftlichen Träger der Wohlfahrtspflege inne, falls sie, für Träger sozialer Sicherheit oder die öffentliche Hand, die von diesen dem Berechtigten geschuldeten Dienste gegen Bezahlung erbringen? Sind Sozialleistungsträger dem Vergaberecht unterworfen, und sind die von Sozialleistungsträgern den Leistungserbringern erbrachten Zuwendungen für deren Dienste an die Sozialleistungsberechtigten als Beihilfe zu qualifizieren?

II. EU-Wirtschaftsrecht und dessen Folgen für das Sozialrecht

1. Primärrechtliche Vorgaben

Die Grundfreiheiten kommen sämtlichen am Wirtschaftsleben Beteiligten zugute: die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit allen Unternehmen, die Personenfreiheit allen Arbeitnehmern und Selbstständigen, die Kapitalverkehrsfreiheit allen Kapitalanlegern und, weil der grenzüberschreitend freie und ungehinderte Konsum von Waren und Dienstleistungen ihr Gegenstand ist, auch deren Konsumenten.

Adressaten des Wettbewerbs- und Beihilferechts sind Unternehmen. Diesen ist die einvernehmliche Beschränkung des Wettbewerbs (Art. 101 AEUV) sowie die einseitige Ausnutzung einer Übermacht gegenüber anderen Wettbewerbern (Art. 102 AEUV) untersagt. Der Schlüsselbegriff des EU-Wirtschaftsrechts ist daher „Unternehmen“. Auch öffentliche Unternehmen sind ihm unterworfen (Art. 106 I AEUV). Selbst Finanz- und Dienstleistungsmonopole unterliegen dem Wettbewerbsrecht, soweit dies nicht „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 106 II AEUV). So soll der im Binnenmarkt um der Konsumenten willen, entfaltete Wettbewerb gelingen, der die Vielfalt des Angebots mit Kostenvorteilen verknüpft.

2. Der Unternehmens-Begriff in der EuGH-Rechtsprechung

a) Funktionaler Unternehmens-Begriff

Der EuGH versteht den Begriff „Unternehmen“ im Wettbewerbsrecht „funktional“ und nicht „institutionell“. Die Unternehmenseigenschaft richtet sich so nicht am Status des Akteurs, sondern am vorgenommenen Akt aus:¹ „Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Deshalb stellt etwa die Arbeitsvermittlung eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Dass die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlich-rechtlichen Anstalten übertragen ist, spricht nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit. Die Arbeitsvermittlung ist nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden und muss nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden.“²

b) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Dem funktionalen Unternehmens-Begriff entspricht Art. 106 II AEUV. Auch dort ist die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts funktional umrissen und zu bejahen, falls die Erfüllung der Dienstleistungen nicht die Funktionsbestimmung beeinträchtigt. Diese Regelung zielt auf Einrichtungen der Daseinsvorsorge, wie jene im 19. Jahrhundert mit der Industrialisierung und Urbanisierung aufkommenden, öffentlichen Einrichtungen der Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs, der Post- und Telekommunikation, Gesundheitssicherung und des Wohlfahrtswesens sowie der Vorsorge bei Alter und Invalidität, Krankheit, Arbeitsunfall und Arbeitslosigkeit.³

¹ EuGH Slg. 1991, I-1979 (Hoefner und Elser), Tz. 21.

² Ebd., Tz. 22 f.; EuGH Slg. 2006, I-2843 (Enirisorse).

³ Ebsen, 2000; ders., ZSR 2000, 22 ff.; Mestmäcker, in Ruland (Hg.), Festschrift für Zacher 1998, 635.

Der Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art. 106 AEUV, Art. 36 GRCh) ist unklar. Der Akzent liegt auf der Allgemeinheit des vom Dienstleistungsunternehmen verfolgten Interesses – im Sinne einer Sicherung der Zugänglichkeit ihrer Dienste für jedermann. Deren Wahrnehmung muss dem Unternehmen durch Rechtsakt förmlich übertragen sein.⁴ Nicht zu einem Unternehmen zählen hoheitliche, soziale oder kulturelle Einrichtungen.⁵ Hingegen sind Unternehmen auch solche Einrichtungen, bei denen die wirtschaftliche mit einer sozialen oder kulturellen Zwecksetzung unauflösbar verbunden ist. Anwendungsfälle sind namentlich die Basis- und Universaldienste der öffentlichen und privaten Post-, Rundfunk- und Verkehrsunternehmen.

Die soziale Sicherheit macht einen wesentlichen Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge aus, und das Wettbewerbsrecht sieht für diese Unternehmen spezielle Regeln vor. Sie unterwerfen die Einrichtungen der Daseinsvorsorge zwar dem Wettbewerbsrecht, beschränken aber dessen Anwendung, falls dadurch Beeinträchtigungen ihrer sozialen Funktionen eintreten würden. Sozialleistungsträger, Leistungserbringer und Träger der freien Wohlfahrtspflege können grundsätzlich Unternehmen sein; auch für diese gilt grundsätzlich das Wettbewerbsrecht, soweit nicht deren Aufgabenbestimmung ausnahmsweise das Zurücktreten wettbewerbsrechtlicher Gebote und Prinzipien erfordert.

c) Art. 106 II 2 AEUV – Beschränkung des Wettbewerbsrechts auf das Erforderliche

Des Weiteren bestimmt Art. 106 II 2 AEUV: „Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“ Durch diese, die Privilegierung der Dienstleistungsunternehmen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einschränkende Regelung, werden auch diese an die staatsbezogenen Vorschriften des EU-Rechts gebunden – namentlich zur Beachtung der Grundfreiheiten verpflichtet.⁶ Dienstleistungsmonopole sind also statthaft,⁷ bedürfen aber sachlicher Rechtfertigung.⁸ Monopole sind gerechtfertigt, um einen umfassenden, die selektive Wahrnehmung verhindernden Versorgungsauftrag zu erfüllen. Namentlich dürfen Monopole errichtet werden, um dem „Rosinenpicken“ (cream skipping) entgegenzuwirken,⁹ soweit sie zur ordnungsgemäßen Berufsausübung erforderlich sind.¹⁰ Der legitime Zweck rechtfertigt aber nicht jedes Mittel. Die Wettbewerbsregeln gelten nicht, falls deren Beachtung die Aufgabenerfüllung verhindern würde.¹¹ Es ist dagegen unstatthaft, das Monopol über den rechtlich übertragenen Aufgabenkreis auszuweiten,¹² dessen Betätigungen strafbewehrt zu untersagen, obgleich das Monopol seine Aufgaben nicht erfüllt¹³ oder zu Vorteilen ohne Gegenleistung oder unangemessenen Preisen angehalten wird, wodurch Quersubventionierungen gefördert oder unwirtschaftliche Strukturen aufrechterhalten werden.¹⁴ Stets ist ein Monopol untersagt, soweit es den Grundfreiheiten zuwiderläuft, mithin Marktteilnehmer anderer Mitgliedstaaten gegenüber inländischen Marktteilnehmern diskriminiert.¹⁵

⁴ Emmerich, in Dausen (Hg.), H.II Rn. 148 ff.

⁵ Ebd., Rn. 151; Grill, in Lenz (Hg.), 1999, Art. 86 Rn. 21 ff.; Mestmäcker, in Ruland (Hg.), Festschrift für Zacher, 641.

⁶ Heinemann, 1996, 63.

⁷ EuGH Slg. 1974, 409 (Sacchi), Slg. 1991, I-2925 (ERT).

⁸ Heinemann, 1996, 59.

⁹ EuGH Slg. 1994, I-1477, 1521, 1523 (Almelo).

¹⁰ EuGH Slg. 2002, I-1577 (Wouters), Tz. 109.

¹¹ Vgl. die instruktive Zusammenfassung bei Ehlermann (1993), 2 ECLR, 61, 63 ff.; jetzt Karl, 2005.

¹² EuGH Slg. 1989, 803 (Saeed), Slg. 1991, I-2925 (ERT), Slg. 1991, I-5941, 5980 (GB-Inno-BM), Slg. 1994, I-1477, 1521 (Almelo).

¹³ EuGH Slg. 1991, I-1979 (Hoefner und Elser), Slg. 1993, I-2533 (Corbeau).

¹⁴ EuGH Slg. 1991, I-5889, 5929 (Merci et Porto di Genova).

¹⁵ EuGH Slg. 1991, I-2925 (ERT), Slg. 1994, I-1783 (Corsica Ferries).

Art. 106 II AEUV enthält eine allgemeine Ausnahmegesetzgebung von den zwingenden Bestimmungen des Wettbewerbs-, Beihilfe- und Vergaberechts für sämtliche Unternehmen, welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen. "Art. 106 II AEUV stellt sicher, dass die von den Mitgliedstaaten verfolgten sozialpolitischen Ziele durch die Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen nicht gefährdet werden".¹⁶ Die Mitgliedstaaten sind befugt, das einzelne wirtschaftliche Interesse zu definieren und haben dafür einen weiten – europarechtlich weder zu kontrollierenden, noch zu verengenden – Beurteilungsspielraum. Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung auf ein Unternehmen, ist dessen Anerkennung als im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegend, in Gestalt einer förmlichen Betrauung durch Hoheitsakt.¹⁷ Sie erlangen dadurch weitreichende Handlungsbefugnisse, die bis zum vollständigen Ausschluss jeglichen Wettbewerbs reichen können.¹⁸ Die Bestimmung steht im Zusammenhang mit Art. 36 EuGrCH, wonach die EU das Recht auf den Zugang zu Universaldienstleistungen achtet.¹⁹

Kartellrecht sichert die von internen Absprachen oder Marktmacht freie Preisbildung auf dem Markt. Beihilfekontrollen unterbinden Wettbewerbsverzerrungen und Vergaberecht sichert Wirtschaftlichkeit und Gleichbehandlung bei der Erteilung öffentlicher Aufträge. All diese Normen sind grundsätzlich auch von den Unternehmen zu beachten, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anbieten.²⁰

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 106 II AEUV ist materiell die Erbringung einer wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse und formell die Betrauung des Erbringens durch einen öffentlichen Auftraggeber.²¹ Unter einer Dienstleistung ist jede marktbezogene Tätigkeit eines Unternehmens zu verstehen.²² Der Begriff der Betrauung ist neu und ungewohnt. Er erinnert an eine Lizenzierung oder die Übertragung eines öffentlichen Amtes, ähnlich wie im Feudalismus. Die Vorstellung, welche das neue Recht trägt, wird durch den Wunsch getragen und bestimmt, das Wirken von Trägern und anderen gemeinwohlorientierten Unternehmen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge formal und formell zu kennzeichnen, um daran anschließend ein Kontrollverfahren anzuschließen. Die Betrauung verlangt daher nach einer Aufgabenübertragung durch einen Beststellungsakt. Dieser kann sich auch schlüssig aus der öffentlichen Bezahlung der Leistungen ergeben.

Die erbrachten Dienste sind von allgemeinem Interesse, wenn sie der Öffentlichkeit und nicht einzelnen Personen oder Gruppen dienen.²³ Organisationen, die nicht auf dem Markt antreten, sondern unmittelbar karitative, fürsorgliche, soziale oder kulturelle Dienste erbringen, fallen mangels eines wirtschaftlichen Charakters ihrer Tätigkeit nicht unter Art. 106 II AEUV.²⁴ Eine Betrauung verlangt mehr als die faktische Wahrnehmung eines Auftrages, nämlich die förmliche und in einem Rechtsakt erfolgende Erteilung der betreffenden Aufgabe durch den Auftraggeber.²⁵ Die Betrauung bedarf einer individualisierten Entscheidung des der Aufgabe übertragenden Trägers von Hoheitsgewalt; aus dem formalisierten Akt muss sich vor allem der Zweck und die Dauer der Betrauung ergeben.²⁶

¹⁶ Schweitzer, 43.

¹⁷ EuGH Slg 1974, 313 (BRT II); EuGH Slg 1981, 2021 (Züchner); EuGH Slg 1997, I-5815, 5836 Rn. 65 (Kommission./ Frankreich).

¹⁸ EuGH Slg 1993, I-2533 (Corbeau), Rn. 13; EuGH Slg 2001, I-8089, Rn. 56 (Ambulanz Glöckner).

¹⁹ In: Voet van Vormizeele, in Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 2012 (3. Aufl.), Art. 106 AEUV, Rn. 54.

²⁰ SEC (2010), 1545 endg. vom 7.12.2010, 82ff

²¹ Streinz-Koenig/Paul, EUV/AEUV, 2012 (2. Aufl.), Art. 106 AEUV Rn. 40.

²² EuG Slg 1996, II-649 (Metropole télévision).

²³ EuGH Slg 1974, 313, Rn. 23 (BRT II).

²⁴ Streinz-Koenig/Paul, Art. 106 AEUV, Rn. 51

²⁵ Ebd., Rn. 61.

²⁶ Jung, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2011, Art. 106 AEUV, Rn. 40 ff.

Art. 106 III AEUV bestimmt, dass die Kommission auf die Anwendung dieser Regeln achtet und, falls erforderlich, Richtlinien und Beschlüsse an die Mitgliedstaaten richtet. Daraus folgt eine Überwachungs- und Gestaltungsaufgabe, welche die Befugnis der Kommission zur sekundärrechtlichen Ausformung der in Art. 106 II AEUV enthaltenen Anforderungen umfasst.²⁷ Beispiele für derartige Normen sind die Transparenz-RL 2006/111/EG.²⁸ Sie schreibt die getrennte Buchführung für die gewerbliche und gemeinwirtschaftliche Tätigkeit vor.

3. Sozialeistungsträger als Unternehmen?

Die Frage, ob die Unternehmens-Eigenschaft auf Sozialversicherungsträger zu erstrecken ist, hat die Rechtsprechung des EuGH wiederholt, erstmals in der Rechtssache Poucet²⁹, beschäftigt. Es war darin zu entscheiden, ob die französische Versicherungspflicht für Selbstständige bei Krankheit, Mutterschaft sowie Alter mit dem EU-Recht vereinbar sei. In der Rechtssache INAIL³⁰ ging es um die Zulässigkeit von Versicherungs- und Beitragspflicht zur italienischen gesetzlichen Unfallversicherung.

Der EuGH befand, ein Unternehmen sei „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.³¹ Krankenkassen, Rentenversicherungsträger und sonstige Träger sozialer Sicherheit erfüllten jedoch eine öffentliche Aufgabe ausschließlich sozialen Charakters.³² „Diese Systeme dienen einem sozialen Zweck und beruhen auf dem Grundsatz der Solidarität.“ Deren Schutz bestehe unabhängig von Vermögen, Gesundheitszustand oder Beitragszahlung durch den Gesicherten und sei auf Einkommensumverteilung angelegt. Die Versicherungspflicht sei für die Solidarität sowie das finanzielle Gleichgewicht des Systems daher unerlässlich.

Dagegen bejahte der EuGH die Unternehmens-Eigenschaft für eine ergänzend zur Pflichtversicherung geschaffene freiwillig gegründete, dem Kapitaldeckungsprinzip folgenden Rentenversicherung oder einer obligatorischen öffentlich-rechtlichen Betriebsrentenversicherung für freiberuflich Selbstständige Frankreichs.³³ Eine solche Versicherung stehe mit anderen Lebensversicherungen im Wettbewerb. Zwar wird auch in privatrechtlichen Systemen die Solidarität verwirklicht, weil die Beiträge unabhängig vom individuellen Versicherungsrisiko bestimmt werden und bei Krankheit oder wirtschaftlicher Notlage des Betriebes nicht anfallen. Weil das Versicherungssystem auf Freiwilligkeit beruhe, gelte der Grundsatz der Solidarität in diesem System aber nur eingeschränkt.

Der öffentlich-rechtliche Status eines Trägers stehe dessen Unternehmenseigenschaft nicht entgegen; eine Versicherungspflicht für eine einzelne Gruppe von Selbstständigen schränke aber den Wettbewerb nicht spürbar ein.³⁴ Des Weiteren befand der EuGH,³⁵ dass sich zwar nicht die Entscheidung der Sozialpartner zur Errichtung eines für alle Arbeitnehmer verpflichtenden Zusatzrentenfonds, wohl aber dessen Verwaltung als unternehmerische Tätigkeit darstelle. Der Mitgliedstaat sei auch nicht gehindert,

²⁷ Ebd., 79.

²⁸ ABI. EG L 318 vom 17.11.2006, 17.

²⁹ EuGH Slg. 1993, I-637 (Poucet); zur Problematik umfassend: Giesen, 1995.

³⁰ EuGH Slg. 2002, I-691 (INAIL); dazu Fuchs, BG 2001, 320; ders., NZS 2002, 337; ders./Giubboni, *Giornale die diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 84 1999, 719, EuGH Slg. 2009, I-1513 (Kattner); vgl. dazu Anm. von Giesen, ZESAR 2009, 343; Fuchs, ZESAR 2009, 365; Penner, ZESAR 2009, 411.

³¹ EuGH Slg. 1991, I-1979 (Hoefner und Elser).

³² EuGH Slg. 1993, I-637, 668 (Poucet), Tz. 8 - 11; Slg. 2002, I-691 (INAIL), Tz. 32-36; Slg. 2006, I-6295 (FENIN).

³³ EuGH Slg. 1995, I-4013, 4028 f., Tz. 17 - 19 (Fédération française des sociétés d'assurance); Slg. 2000, I-6451 (Pavlov).

³⁴ EuGH Slg. 2000, I-6451 (Pavlov), Tz. 89, 108.

³⁵ EuGH Slg. 1999, I-6025 (Brentjens).

diesem Fonds ein Monopol einzuräumen. Die von einem Tarifvertrag verfolgten sozialen Ziele wären gefährdet, würde die Errichtung des Fonds als unternehmerische Tätigkeit qualifiziert werden. Dieser Einordnung stehe indessen nicht die Annahme entgegen, dass ein aus Beiträgen, die Leistungen selbst finanzierender Fonds, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Das Monopol sei schließlich aufgrund der Funktion legitimiert, welche das Zusatzrentensystem in der Alterssicherung der Niederlande erfülle. Ohne Monopol käme es zu einer, den Bestand des Fonds gefährdenden Differenzierung zwischen „guten“ und „schlechten“ Risiken. Auch ein öffentlich-rechtlich begründetes Monopol zugunsten der Zusatzrenten von Selbstständigen könne als sachgerechtes Monopol nach Art. 106 II AEUV gerechtfertigt werden.³⁶

Schließlich befand der EuGH 1991³⁷, dass eine „öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit“ dem Verbot der missbräuchlichen Betätigung (Art. 102 AEUV) unterfalle, falls sich ihre Tätigkeit auf die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft erstrecke, sie die auftretende Nachfrage nach solchen Vermittlungsleistungen aber offenkundig nicht befriedigen könne, der Marktzugang Privaten dennoch verschlossen und damit auch eine Vermittlung im EU-Rahmen verhindert werde. Daher sei eine öffentlich-rechtliche Arbeitsvermittlung als Unternehmen zu qualifizieren. Der vom EuGH gebrauchte Unternehmens-Begriff ist „funktional“,³⁸ nicht „institutionell“ zu verstehen: Ein Unternehmen bemisst sich nicht nach seinem Rechtsstatus, sondern nach seinen Handlungen. Der „funktionale“ Unternehmens-Begriff erklärt mithin, dass einzelne Handlungen eines Sozialleistungsträgers als unternehmerische oder als nicht-unternehmerische qualifiziert werden können.

Die Frage, ob Sozialversicherungsträger Unternehmen seien, ist auf der Grundlage dieser, das EU-Recht für alle EU-Behörden und die Mitgliedstaaten bindend auslegenden Rechtsprechung des EuGH demgemäß differenziert und differenzierend zu beantworten. Sie ist zu verneinen, soweit sie für die Versicherten obligatorisch und solidarisch Vorsorge betreiben, hingegen zu bejahen, falls sie eine freiwillige Vorsorge im Wettbewerb mit anderen Trägern privater Vorsorge oder eigenständige Dienstleistungen erbringen. Werden Dienste durch Sozialversicherungsträger angeboten und Privaten der Marktzugang damit verschlossen, verletzt ein Mitgliedstaat seine Pflichten aus dem EU-Recht, weil diese als von Unternehmen erbrachte Dienste anzusehen sind.

Sozialversicherungsträger sind nach der Rechtsprechung des EuGH somit nicht als Unternehmen anzusehen, soweit sie im „Kernbereich ihrer Aufgaben“ tätig sind. Dies trifft zu, „sofern und soweit sie aufgrund Gesetzes ausschließlich soziale Aufgaben wie die Krankenversicherung und Altersversorgung durchführen“.³⁹

4. Freie Träger als Unternehmen?

Die Frage, inwieweit die freien Wohlfahrtsverbände als Teile der *Économie Sociale* dem EU-Recht unterworfen sind, wird allgemein verneint.⁴⁰ Das EU-Recht gelte nur für die wirtschaftlichen Einheiten, welche in der Absicht der Gewinnerzielung tätig würden. Die Träger der freien Wohlfahrtspflege wirkten

³⁶ EuGH Slg. 2000, I-6451 (Pavlov), Tz. 127.

³⁷ EuGH Slg. 1991, I-1979 (Hoefner und Elser).

³⁸ Haverkate/Huster, 1999, Rn. 526; Jung, in Ebsen, 2000, 67, 70 f.; Marhold, in Theurl (Hg.), 2001, 234; ders., in Tomuschat (Hg.), 1995, 451 ff.; Steinmeyer, 2000, S. 72 f.; Karl, 2005, 32 ff.

³⁹ In der Rechtssache Duphar ist diese Frage nicht beantwortet worden, vgl. EuGH Slg. 1984, 523, 544 (Duphar); anders Knispel, NZS 1998, 563; so Emmerich in seinem Bericht über OLG-Düsseldorf, JuS 1999, 1025; vgl. auch EuGH Slg. 1988, 4769 (van Eycke); ähnlich Pieters/Van den Bogaert, 1997, 19 f.; Steinmeyer, 2000, 46; Bracq, 40 (2004) RTDeur, 33.

⁴⁰ Ipsen, 1997; vgl. auch Luthe, SGB 2000, 505.

indessen ohne Absicht der Gewinnerzielung und handelten gemeinnützig. Deshalb seien sie grundsätzlich auch vom EU-Wettbewerbsrecht ausgenommen. Ihr Handeln könnte weder am Wettbewerbs- noch Beihilferecht der EU gemessen werden, und sie selbst könnten auch nicht die Grundfreiheiten für sich in Anspruch nehmen.

Diese Auffassung steht mit der Rechtsprechung des EuGH im Einklang.⁴¹ Das Gericht befand, ein Gesetz der Region Lombardei, welches die Erbringung von Sozialhilfeleistungen gemeinnützigen Organisationen vorbehalte, verletze das EU-Wettbewerbsrecht nicht durch eine regionale Regelung, welche für die Teilnahme an der Sozialhilfe von privaten Leistungserbringern eine gemeinnützige Organisation fordert. Deshalb könnten sich Kapitalgesellschaften, die Leistungen für Sozialhilfeträger erbringen wollten, nicht auf das EU-Wirtschaftsrecht berufen. Denn die Mitgliedstaaten seien zur Ausgestaltung ihres Systems sozialer Sicherheit befugt und demgemäß in ihrer Gestaltung frei.

Da die Sozialhilfe prinzipiell den öffentlich-rechtlichen Trägern anvertraut sei und die Solidarität ausforme, falle sie in die Zuständigkeit des Gesetzgebers jedes Mitgliedstaates. Er dürfe die für Sozialleistungsträger tätigen Organisationen deswegen auch auf den Kreis der ohne Gewinnerzielungsabsicht arbeitenden freien Träger der Wohlfahrtspflege beschränken. „Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts kann ein Mitgliedstaat im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen, dass ein System der Sozialhilfe der fraglichen Art seine Ziele nur erreichen kann, wenn es zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen der Sozialhilfe nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zulassen kann, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“⁴²

Diesem Urteil ist entgegenzuhalten,⁴³ dass die Träger sozialer Sicherheit zur Förderung von Chancengleichheit, und bei Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht zur Erledigung ihrer Aufgaben heranziehen dürfen. Sind diese auch vom Wettbewerbsrecht freigestellt? Der EuGH entschied, dass auch religiöse Vereinigungen oder weltanschauliche Gemeinschaften, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, dem EU-Wirtschaftsrecht unterliegen.⁴⁴ Im Zuge des Outsourcing werden zunehmend Aufgaben aus den Verwaltungsträgern der sozialen Sicherheit an erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen übertragen. Sozialleistungsträger ziehen sich aus der Erbringung von Sozialleistungen zurück und überantworten diese der Privatwirtschaft. Gewinnorientierte Unternehmen erbringen dann Sozialleistungen für die Träger.

Im Gesundheitswesen sind Gesundheitshandwerker und paramedizinische Heilberufler tätig. Daher ist sein Aufgabenfeld möglicher Gegenstand erwerbswirtschaftlicher Betätigung. Somit dringen, in wachsendem Maße auch in die Erbringung von sozialrechtlich geschuldeten Dienstleistungen, erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen ein. Es stellt sich angesichts dessen die Frage, ob die Träger der freien Wohlfahrtspflege langfristig für sich einen Sonderstatus beanspruchen können, wenn sie sich auf diesem primär erwerbswirtschaftlich geprägten Feld betätigen.

Die zitierte Rechtsprechung beantwortet auch nicht die Frage, was gilt, wenn ein Mitgliedstaat der Erbringung sozialer Dienste nicht den gemeinnützigen Trägern vorbehält, sondern dafür in freier Konkurrenz stehende frei-gemeinnützige und erwerbswirtschaftliche Erbringer zulässt. Stehen freie Träger

⁴¹ EuGH Slg. 1997, I-3395 (Sodemare).

⁴² EuGH Slg. 1997, I-3395, 3434 (Sodemare), Tz. 32.

⁴³ Vgl. auch Benicke, ZfSH/SGB 1998, 22 ff.; Schulte, ArchSozArb 1999, 210; Mitteilung der Kommission über die Förderung und Rolle gemeinnütziger Vereine und Stiftungen in Europa, 1997 (KOM) 241 endg.

⁴⁴ EuGH Slg. 1988, 6159 (Steymann).

mit erwerbswirtschaftlich tätigen Unternehmen im Wettbewerb, sind nur zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder werden die der Gewinnorientierung unterliegenden Unternehmen vom EU-Recht freigestellt, im Hinblick darauf, dass sie mit nichtgewinnorientierten Unternehmen in Wettbewerb treten, dann würde sich das EU-Recht freilich weitgehend selbst relativieren. Oder aber das EU-Recht wird auf die Träger der freien Wohlfahrtspflege erstreckt und sich deshalb mit diesen, soweit diese mit gewinnorientierten Unternehmen im Wettbewerb stehen, dem EU-Wirtschaftsrecht stellen müssen. Durch Art. 14 AEUV und die Ausweitung der Anwendungsvoraussetzungen des Art. 106 II 2 AEUV besteht aber unübersehbar die Neigung, die gemeinwohlorientierte Wirtschaft als Teil der Universaldienste vom Wettbewerbsrecht generell freizustellen. Die Antwort auf die aufgeworfene Frage ist deshalb differenziert zu geben.

Träger der freien Wohlfahrtspflege werden ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig; das enthebt sie allein jedoch nicht dem Wettbewerbsrecht. Soweit sie sich auf die philanthropische Hilfe beschränken und im Sinne von Caritas unentgeltlich Dienste für Bedürftige erbringen, unterliegen sie zwar nicht dem EU-Wettbewerbsrecht, weil dieses nur für erwerbswirtschaftliche Betätigungen gilt. Es steht den zu sozialpolitischer Gestaltung berufenen Trägern aber frei, mit der Erfüllung sozialpolitischer Aufgaben freie Träger zu betrauen und sie gegen Erstattung der Aufwendungen mit der Leistungserbringung und damit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu betrauen. Eine solche Regelung ist möglich, wenn nur die tatsächlich entstandenen Aufwendungen ersetzt werden.⁴⁵ Auch dann ist darin weder eine Beihilfe zu sehen, noch das Kartellrecht berührt. Etwas anderes gilt, wenn das Sozialleistungsrecht eine freie Konkurrenz von gewerblichen und nichterwerbswirtschaftlichen Einrichtungen zulässt; dann kann, muss freilich nicht, das EU-Beihilferecht berührt sein.

III. Das europäische Beihilferecht und die soziale Daseinsvorsorge

1. Verbot der Beihilfegewährung

Das in Art. 107–109 AEUV niedergelegte Recht der staatlichen Beihilfen zielt auf Begrenzung und Kontrolle der Subventionsgewährung durch einzelne Mitgliedstaaten an Unternehmungen.⁴⁶ Um des Binnenmarktzieles willen und gestützt auf den Auftrag, „den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen“ zu verwirklichen und zu schützen, besteht für die Mitgliedstaaten ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen. Von diesem bestehen jedoch einzelne gesetzliche Befreiungen oder Befreiungsmöglichkeiten seitens der Kommission. Um diese Bestimmungen anzuwenden, ist ein Kontrollverfahren vorgesehen. Danach ist die Kommission an jeder mitgliedstaatlichen Beihilfengewährung zu beteiligen. Letztlich hängt von der Entscheidung der Kommission ab, ob der Mitgliedstaat die Beihilfe gewähren darf oder nicht.

⁴⁵ Vgl. dazu näher Bericht des Europäischen Parlaments vom 26.1.2009 des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten zum Thema Sozialwirtschaft (A6-0015/2009)

⁴⁶ Borchardt, 1996, S. 358 ff.; Lehmann, 2008; Oppermann, 2005, Rz. 970 ff.; Schwarze, 1988, Bd. 1, S. 366 ff.; Cremer, ZIAS 2008, 198 ff.; ders./Huster, 2009, 34 ff.; Becker, NZS 2007, 169; Boetticher/Münder, 2009.

a) Was ist eine Beihilfe?

Regelungsgegenstand der Art. 107–109 AEUV sind „Beihilfen“. Dieser Begriff wird nicht definiert. Rechtsprechung⁴⁷ und Literatur⁴⁸ verstehen darunter eine rechtlich nicht geschuldete, freiwillig gewährte Zuwendung eines Staates an eine selbstständige, privat- oder öffentlich-rechtliche Einrichtung unter Belastung eines öffentlichen Haushaltes. Diese Zuwendung muss einem oder mehreren Unternehmen zukommen, wogegen sie anderen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges versagt wird. Um diesen Ausschlusseffekt aufzuzeigen, ist die Zuwendung dem Kapitalmarkt-Test zu unterziehen. Danach ist zu prüfen, ob die Zuwendung unabhängig von ihrer sozialen oder regionalpolitischen Zielsetzung von dem geförderten Unternehmen auf dem Kapitalmarkt zu gleichen Bedingungen zu haben gewesen wäre.⁴⁹ Die Zuwendung kann in geldwerten Vorteilen als Geld-, Sach- oder Dienstleistungen gewährt werden (z. B. als verlorener Zuschuss, Überlassung von Liegenschaften, Kapitalbeteiligung, Zinsverbilligung oder Kapitalerhöhung oder in der Verschonung von Lasten), ferner im Erlass oder der Reduktion von Steuern und Abgaben, Begrenzung oder Aufhebung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Umlagen liegen.

b) Legalausnahmen vom Beihilfeverbot

Nach Art. 107 I AEUV sind die den Wettbewerb verfälschenden oder zu verfälschen drohenden Beihilfen mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nach dem EuGH gilt dieses Verbot jedoch „weder absolut noch unbedingt“,⁵⁰ weil es sowohl durch die Legalausnahmen (Art. 107 II AEUV), als auch durch Befreiungsmöglichkeiten im Einzelfall (Art. 107 III AEUV) eingeschränkt wird. Nicht jede Beihilfe unterfällt dem grundsätzlichen Verbot, sondern nur solche, welche den Binnenmarkt verfälschen. Angesichts der durch den Binnenmarkt ausgelösten Verflechtungen der Volkswirtschaften beeinträchtigt zwar jede Beihilfe eines Mitgliedstaates den EU-weiten Handel.⁵¹ Deshalb mag die Aussagekraft dieses Erfordernisses zweifelhaft erscheinen. Der EuGH⁵² hält an diesem Erfordernis jedoch fest, legt es allerdings dahin aus, dass angesichts der Verflechtungen der Märkte in der EU die Gewährung einer Beihilfe durch einen Mitgliedstaat regelmäßig als Wettbewerbsverfälschung angesehen wird. Außerdem muss zwischen der Wettbewerbsverfälschung und der Beeinträchtigung des EU-weiten Handels ein Zusammenhang bestehen.⁵³ Das Verbot der Beihilfengewährung gilt nicht nur für Maßnahmen einer absichtsvollen Verfälschung, sondern auch für unbeabsichtigte Maßnahmen, die eine Verfälschung bewirken.⁵⁴ Es genügt also, kommt aber umgekehrt auch auf die objektive Wettbewerbsverfälschung an.

Dem grundsätzlichen Verbot der Beihilfengewährung unterliegen drei Gattungen von Beihilfen (Art. 107 II AEUV) jedoch nicht:

- „Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;

⁴⁷ EuGH Slg. 1980, 2671, 2690 (Rn. 16) (Philip Morris ././ Kommission); EuGH Slg. 1986, 2263 (Belgien ././ Kommission).

⁴⁸ Götz, in Dausen (Hg.), H.III 10 f.; Müller-Graff, ZHR 1988, 403, 415 ff.; Rengeling, in Börner/Neundörfer, 1984, 23, 25 ff.; Schwarze, 1988, 371; Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 4 ff. zu Art. 92.

⁴⁹ EuGH Slg. 1986, 2263, 2285 f. (Kommission ././ Belgien); EuGH Slg. 1990, I-959, 1011 ff. (Belgien ././ Kommission).

⁵⁰ EuGH Slg. 1990, I-307, 361 Rn. 51 (Französische Republik ././ Kommission); vgl. aber auch EuGH Slg. 2005, II-2197 (Corsica Ferris France SAS).

⁵¹ So Müller-Graff, ZHR 1988, 403, 433.

⁵² EuGH Slg. 1986, 2263 (Belgien ././ Kommission); EuGH Slg. 1990, I-959 (Kommission ././ Belgien).

⁵³ So zu Recht Müller-Graff, ZHR 1988, 403, 434.

⁵⁴ Borchardt, 1996, 359.

- Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;
- Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind“. Art. 107 II lit. c) 2 AEUV erlaubt dem Rat, 5 Jahre nach Inkrafttreten dieses Vertrages diese Ausnahme aufzuheben.

Die genannten Legalausnahmen sind sozial- und regionalpolitisch motiviert.⁵⁵ Sie gestatten die Beihilfegewährung, weil sie die Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb erst eigentlich schaffen.⁵⁶ Die erstgenannte Legalausnahme gilt für alle Leistungen der Sozial- und Jugendhilfe, Kriegsopferfürsorge sowie Sozialversicherung. Diese befähigen den Empfänger, Güter und Dienste auf den Märkten als Verbraucher nachzufragen.⁵⁷ Die genannte Ausnahme gilt daher für die wichtigsten sozialrechtlichen Leistungen.⁵⁸

Die zweite Legalausnahme betrifft Leistungen bei Natur- und sonstigen Katastrophen z. B. Waldbrände, Erdbeben, Überschwemmungen, Erdbeben, Terroranschläge oder Verbrechen von Geistesgestörten.⁵⁹ Im Gegensatz zur ersten Ausnahme besteht auf die Leistungen kein Rechtsanspruch; diese werden vielmehr kraft staatlicher Einzelentscheidung gewährt. Sie sollen unstandardisierte, spontan und ohne Rechtsgrundlage erbrachte Solidarleistungen in außergewöhnlichen Notsituationen legitimieren, namentlich einen bereits eingetretenen Schaden ausgleichen.

Die dritte Legalausnahme trug im Wesentlichen die Berlin- und Zonenrandförderung während der Dauer der deutschen Teilung. Inwieweit sie auch die Beihilfen an die, in den neuen Bundesländern tätigen Unternehmen trägt, wurde – soweit ersichtlich – durch den EuGH noch nicht abschließend entschieden. Die Ausnahme beschränkt sich jedoch nicht auf die Zonenrand- und Berlinförderung, sondern trägt vielmehr ganz generell alle Maßnahmen des Ausgleichs, der sich aus der deutschen Teilung ergebenden Nachteile: Verkehrs- und Transportnachteile aufgrund der Randlage, Anpassungsbeihilfen für das Saarland, Eingliederungshilfen für Flüchtlinge, Vertriebene, Verschleppte und Kriegsopfer.⁶⁰ Diese Legalausnahme war deswegen auch nach Überwindung der Teilung Deutschlands von erheblichem Gewicht. Denn diese ließ beträchtliche Folgelasten zurück. Getreu dem Prinzip der beweglichen Vertragsgrenzen wurde das EU-Recht ohne förmliche Änderung des Vertrages in den neuen deutschen Bundesländern eingeführt.⁶¹ Die dritte Legalausnahme hat deshalb auch nach Überwindung der deutschen Teilung so lange noch Bedeutung, wie die teilungsbedingten Nachteile andauern.⁶² Mit der Erweiterung der EU auf die Staaten Mittel- und Osteuropas ist der Osten Deutschlands in die Mitte der EU gerückt; damit ist seine Randlage geographisch überwunden. Der in Art. 107 II lit. c) 2 AEUV formulierte Vorbehalt deutet an, dass auch das EU-Recht die wirtschaftlichen Folgen der deutschen Teilung für alsbald überwunden ansieht.

⁵⁵ Terminologisch geringfügig anders: Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 28 zu Art. 92: „soziale, schadensbeseitigende und nachteilsausgleichende Subvention“.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Ebd., Rn. 31 ff. zu Art. 92; Rengeling, in Börner/Neundörfer (Hg.), 1984, 23 ff.

⁵⁸ Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 29 Art. 92: „Beihilfen sozialen Charakters“.

⁵⁹ Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 34 ff. zu Art. 92.

⁶⁰ Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 34 ff. zu Art. 92.

⁶¹ Priebe, EuZW 1991, 113 ff.

⁶² So auch Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 37 zu Art. 92.

c) Befreiungsmöglichkeiten

In Art. 107 III AEUV sind weitere fünf Gattungen von Beihilfen aufgeführt, die von der Kommission im Einzelfall als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können:

Beihilfen zur Förderung

- „der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht“;
- „wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates“;
- „der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder -gebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“;
- „der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“.

Ferner können weitere Gattungen von Beihilfen anerkannt werden, soweit dies der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließt.

In dieser Aufzählung sind die wesentlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beihilfen enthalten.⁶³ Eine Förderung kann primär arbeitsmarktpolitisch gerechtfertigt sein, um Regionen mit niedrigem Lebensstandard und hoher Arbeitslosigkeit zu stützen oder Unternehmenskrisen zu bewältigen.⁶⁴ Des Weiteren kann die Beihilfe neue Wirtschaftszweige fördern, namentlich eine EU-Initiative ermöglichen. Schließlich sind alle der Denkmalpflege, wie Pflege sonstiger kultureller Errungenschaften dienenden Beihilfen, grundsätzlich genehmigungsfähig. Über die dargelegten Voraussetzungen hinaus gestattet Art. 108 II, 3. Unterabschnitt AEUV, dass eine Beihilfe auch dann als mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, wenn dies der Rat auf Antrag eines Mitgliedstaates entscheidet und „außergewöhnliche Umstände“ eine solche Entscheidung rechtfertigen.

d) Beteiligung der Kommission an der Beihilfegewährung durch die Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten haben an der Gewährung von Beihilfen die Kommission zu beteiligen.⁶⁵ Diese Pflicht besteht bei Vergabe oder Umgestaltung bestehender oder der Einführung neuer Beihilfen. Die Mitgliedstaaten haben vor Bewilligung ein Verfahren zu durchlaufen, das die Wahrung des EU-Rechts bei der Beihilfivergabe sichert. Der die Beihilfe vergebende Mitgliedstaat hat die Kommission über die Absicht einer Beihilfegewährung zu unterrichten. Dadurch soll sie befähigt werden, die Vereinbarkeit der beabsichtigten Beihilfe mit dem grundsätzlichen Beihilfeverbot, wie den hiervon bestehenden Ausnahmen, sowie Befreiungsmöglichkeiten zu prüfen,⁶⁶ um festzustellen, ob deren Gewährung zulässig ist (Art. 108 AEUV). Dafür steht ihr ein weiterer Ermessensspielraum zu.⁶⁷ Hält die Kommission die beabsichtigte Beihilfe für mit dem Binnenmarkt als vereinbar, versagt sie dem Mitgliedstaat die Bewilligung. Wurde die Beihilfe bereits gezahlt, kann die Kommission von dem Mitgliedstaat unter Fristsetzung für Aufhebung oder Umgestaltung der Beihilfe, die Rückzahlung fordern. Kommt der Mitgliedstaat dieser Aufforderung nicht fristgemäß nach, kann die Kommission gegen ihn ein Vertragsverletzungsverfahren anstrengen.

⁶³ Wenig, in von der Groeben/Schwarze, 2004, Rn. 38 ff. zu Art. 92.

⁶⁴ Ebd. Rn. 45 ff. zu Art. 92.

⁶⁵ Rengeling, ZHR 1988, 455, 463 ff.; Seidel, in Börner/Neuendörfer, 55 ff.

⁶⁶ EuGH Slg. 1990, I-307 (Frankreich ./ Kommission), 355; vgl. auch Götz, in Dausen (Hg.), H.III Tz. 48.

⁶⁷ EuGH Slg. 1980, 2671, 2691 (Philip Morris ./ Kommission); EuGH Slg. 1990, I-307, 355 (Frankreich ./ Kommission).

Beabsichtigt ein Mitgliedstaat, eine bestehende Beihilfe umzugestalten oder eine neue einzuführen, hat er die Kommission vorher rechtzeitig zu unterrichten (Art. 108 III AEUV). Diese muss innerhalb einer angemessenen Frist Stellung nehmen können. Hält sie die beabsichtigte Maßnahme mit dem Beihilfeverbot für unvereinbar, darf sie dem Mitgliedstaat die Umgestaltung vorgeben oder die neue Beihilfe untersagen. Der Mitgliedstaat kann gegen die Kommissionsentscheidung den Gerichtshof anrufen, der deren Vereinbarkeit mit dem EU-Recht prüft.

Der Rat kann auf Antrag eines Mitgliedstaates einstimmig von dem grundsätzlichen Beihilfeverbot Dispens erteilen, „wenn außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen“. Diese Entscheidung muss binnen drei Monaten nach Antragstellung durch den Rat getroffen werden; andernfalls erteilt den Dispens die Kommission (Art. 108 II 3. und 4. Unterabschnitt AEUV).

Ogleich das angedeutete Verfahren die Mitgliedstaaten zur Vergabe von Beihilfen nur im Einklang mit dem EU-Recht zu veranlassen bezweckt, stellte sich in der Vergangenheit wiederholt die Frage: Können die unter Verletzung der verfahrens- und/oder materiellrechtlichen Normen des EU-Rechts gewährten Beihilfen zurückgefordert werden?⁶⁸ Dies ist zulässig, falls die Beihilfe materiell rechtswidrig gewährt wurde. Die Rückforderung richtet sich nach dem Recht des bewilligenden Mitgliedstaates.⁶⁹ Darüber hinaus kommt dessen Entscheidungen grundsätzlich Vertrauensschutz zu.⁷⁰ Allerdings verdient angesichts des zwingenden Charakters des Beihilferechts das Vertrauen eines Beihilfeempfängers in die Ordnungsgemäßheit der Beihilfegewährung keinen Schutz, falls die Beihilfe von einem Mitgliedstaat unter Verstoß gegen die verfahrensrechtlichen Regeln des EU-Rechts bewilligt wurde.⁷¹ Von einem Unternehmensleiter sei grundsätzlich das Wissen um die grundsätzliche Genehmigungsbedürftigkeit von Beihilfen durch die Kommission zu erwarten.⁷²

2. Bedeutung des Europäischen Beihilferechts für die Träger sozialer Daseinsfürsorge

a) Träger sozialer Daseinsfürsorge als Unternehmen?

Nicht als Beihilfe gilt, was ein Entgelt für die Inanspruchnahme von Leistungen darstellt. Daher liegt eine Beihilfe nur vor, wenn ein Sozialleistungsträger unter Bevorzugung einzelner und Benachteiligung anderer Unternehmen öffentliche Zuwendungen erhält. Mit dem Beihilfeverbot zu vereinbaren sind öffentliche Leistungen jedoch, wenn der Zahlung eine konkret erbrachte Dienstleistung vorausgeht oder sie für den Endabnehmer bestimmt ist, d. h. durch den Sozialleistungsträger hindurch geleitet, letztlich dem Sozialleistungsberechtigten zufließen soll.

Ferner stellt sich die Frage, inwieweit in der staatlichen Subventionierung von Institutionen, die durch Begründung von Teilhaberechten individuelle Belange fördern, ein an Art. 107–109 AEUV zu messender Akt der Beihilfegewährung liegt. Die Antwort kann nicht durch die Ableitung aus dem Begriff der Beihilfe, sondern nur durch die Würdigung der konkreten Tätigkeit gefunden werden.

⁶⁸ Vgl. Beckmann, 1996; Magiera, in Baur, Festschrift für Börner, 1992, 213 ff.; Papier, ZHR 1988, 493; Schmidt-Räntsch, EuZW 1990, 376 ff.; Ferrari, 2007.

⁶⁹ EuGH Slg. 1983, 2633 (Deutsche Milchkontor GmbH ./ Bundesrepublik Deutschland).

⁷⁰ EuGH Slg. 1990, I-3437 (Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland).

⁷¹ Ebd.

⁷² Magiera, in Baur, Festschrift für Börner, 1992, 228.

Unproblematisch, und deshalb als gesichert, kann aber die Aussage gelten, dass die staatliche Bezuschussung einseitig gewählender Tätigkeit durch Wohlfahrtsverbände und Private nicht als Beihilfengewährung anzusehen ist. Denn das von jeder Gegenleistung unabhängige Geben entbehrt jeglicher erwerbswirtschaftlichen Zweckrichtung. Sozialarbeit, Suppenküchen, Gemeinwesenarbeit, Schutzgewährung für Obdachlose, Flüchtlinge, behinderte Menschen wie andere Initiativen der Wohlfahrtspflege beschränken sich auf das Geben; die einseitig Gebenden handeln also nicht als Unternehmen. In dem Maße, wie sich die genannten Aufgaben aber verstetigen und auf Dauer und routinemäßig vorgehalten werden, ist die gebotene Stetigkeit nur durch eine auf Dauer angelegte Organisation zu sichern. Dann sind die auf den genannten Gebieten tätigen Aktivitäten ihrer Ursprünglichkeit enthoben und regelmäßig Gegenstand unternehmerischer Betätigung geworden.

b) Honorierte gewerbsmäßige Tätigkeit

Unproblematisch, und deshalb ebenfalls als gesichert, kann umgekehrt die Aussage gelten, dass ein mit Gewinnerzielungsabsicht oder auf Basis der Kostenerstattung tätiges Wirtschaftssubjekt, welches am Markt agiert und Sachen oder Dienste entgeltlich anbietet, auch dann als Unternehmen anzusehen ist, wenn es an Einrichtungen der Wohlfahrtspflege leistet. Wer Schuhe für Kranke, Prothesen für Gebrechliche und Gebisse für Zahnkranke serienmäßig oder auf Einzelanweisung erstellt, nimmt als Unternehmen am Wirtschaftsleben teil – einerlei, ob die Vergütung durch den Leistungsempfänger unmittelbar oder einen Träger der Sozialversicherung oder Sozialfürsorge geschieht. Pflegedienste, Zahntechniker, Krankenhäuser, die für Versicherte gegen marktübliche Leistungsentgelte tätig werden, sind deshalb generell als Unternehmen anzusehen. Dass ihre Tätigkeit der Wohlfahrtspflege dient, steht dieser Einordnung nicht entgegen.

c) Unklare Tätigkeiten

Wenig gesichert sind dagegen jene Aktivitäten, die im Clair-Obscur zwischen erwerbswirtschaftlicher und gemeinnütziger Tätigkeit anzusiedeln sind: Empfangen Sozialversicherungsträger, freie Wohlfahrtsverbände oder Träger für Maßnahmen aktiver Arbeitsmarktpolitik Beihilfen, wenn sie für ihre Leistungen staatliche Zuschüsse erhalten?

Zwar kann Risikoversicherung durch Privatversicherung und damit unzweifelhaft durch Unternehmen gewährleistet werden. Sozialversicherungsträger prägen jedoch soziale Solidarität aus. Sie sind daher nicht als Unternehmen, sondern als hoheitliche Einrichtung anzusehen. Staatliche Zuwendungen an Sozialleistungsträger gelten die diesen auferlegten Fremdlasten ab, d. h. der staatliche Transfer an die Träger geschieht wegen eines im Allgemeininteresse liegenden Zwecks.⁷³ Deshalb ist das Beihilferecht auf Sozialleistungsträger als Erbringer öffentlicher Leistungen grundsätzlich nicht anzuwenden. Des Weiteren ist die auf Kostenerstattung gerichtete Tätigkeit der Träger freier Wohlfahrtsverbände nicht als unternehmerische Tätigkeit anzusehen, denn ihr Handeln verfolgt nicht erwerbswirtschaftliche Zwecke, sondern stellt die Erscheinungsform primär nichterwerbswirtschaftlicher, nicht selten religiöser, Betätigung dar.

⁷³ EuGH Slg. 2001, I-906 (Ferring./ACOSS); Boetticher/Münder, 2009.

Schwierig ist schließlich zu beantworten, ob Arbeitgeber als Träger von Maßnahmen der Berufs- oder Beschäftigungsförderung Beihilfeempfänger werden, falls staatliche Lohnzuschüsse zur Beschäftigung schwer vermittelbarer Arbeitsloser an die Arbeitgeber gezahlt werden. Zwar sind die Arbeitgeber die Leistungsempfänger, was für den äußerlichen Tatbestand der Beihilfe als einer einseitigen öffentlichen Gewährung genügt; dadurch sollen jedoch die Arbeitslosen die Chance auf dauerhafte Wiedereingliederung in das Erwerbsleben erlangen. Die Leistung an den Arbeitgeber soll dem Arbeitnehmer eine Erwerbstätigkeit sichern. Ein Arbeitgeber, der von der Arbeitsverwaltung Lohnsubventionen empfängt, erhalte keine staatlichen Leistungen als Unternehmen und ist mithin nicht Empfänger einer Beihilfe. Deshalb unterfällt auch die aktive Arbeitsmarktpolitik nicht den Beihilferegeln, selbst wenn die Arbeitsverwaltung Transferleistungen an Unternehmen erbringt.

3. Ausgleichsleistungen zugunsten von Universaldienstleistern – Neue Grundregeln

Nach Art. 14 AEUV nehmen die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EU-Wirtschaftsrecht eine Sonderstellung ein. Sie haben eine besondere Bedeutung und erfüllen eine herausragende Aufgabe zur Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts. Das Recht trägt deren Sonderstellung damit Rechnung, weil sie im Interesse der Allgemeinheit liegende Dienstleistungen für das wirtschaftliche und soziale Leben erbringen. Welche Leistungen diesen Anforderungen genügen, darf jeder Mitgliedstaat selbst bestimmen.⁷⁴

Art. 14 AEUV ermächtigt Rat und Parlament, durch Verordnung und im Zusammenwirken mit den Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, „dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“ Diese Rechtsetzungsbefugnis beruht auf der Grundvoraussetzung, dass die Erbringung und Finanzierung von Universaldienstleistungen in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.⁷⁵ Für die öffentliche oder mit Ausschließlichkeitsrechten versehenen Unternehmen sind nach Art. 106 I AEUV dem EU-Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht unterworfen; allerdings bestimmt Art. 106 II AEUV für Universaldienstleister, dass die Wettbewerbsregeln für sie nicht gelten, „soweit die Anwendung dieser Vorschrift ... die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Im Hinblick auf die Leistungen stellt sich vor allem die Frage, ob und inwieweit das EU-Beihilferecht für sie gelten kann und gilt, obgleich sie wesentlich im Wege staatlicher Zuwendungen finanziert werden. Dazu hat die Kommission in Wahrnehmung ihrer in Art. 106 III AEUV begründeten Zuständigkeit Ende 2011 Vorschläge unterbreitet, die inzwischen gelten und nachfolgend⁷⁶ im einzelnen gewürdigt werden.

Diese Thematik war Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung in der Leitentscheidung in Sachen „Altmark-Trans“.⁷⁷ Es ging darin um die Frage, ob das Land Sachsen-Anhalt gegen das Beihilfeverbot des EU-Rechts verstoße, wenn es privaten Personenbeförderungsunternehmen für die Unter- wie Aufrechterhaltung des öffentlichen Personennahverkehrs in dünn besiedelten Gegenden des Landes, öffentliche Zuwendungen zahle. Der EuGH verneinte diese Frage und bestätigte damit im Ergebnis die öffentliche Bezuschussung privater Busunternehmen im Rahmen des öffentlichen Personennahverkehrs. Denn die gewährte Zahlung sei nicht als Beihilfe, sondern als „Ausgleichszahlung“ zugunsten der Erbringer von Universaldienstleistungen zu verstehen.

⁷⁴ EuGH Slg. 2006, I-6991 (Meca-Medina).

⁷⁵ Streinz-Koenig/Paul, EUV/AEUV, 2012 (2. Aufl.), Art. 14 AEUV Rn. 5.

⁷⁶ Kapitel III.3.

⁷⁷ EuGH Slg. 2003, I-7747 (Altmark Trans).

Im engen Zusammenhang damit stand die Entscheidung 2005/842/EG vom 28. November 2005,⁷⁸ welche die Universaldienstleister gemäß Art. 108 III AEUV von der Pflicht zur Anmeldung der erhaltenen öffentlichen Zuwendung bei der Kommission freistellte. Diese Regelung war bis 2011 befristet. Durch die VO (EG) 1370/2007⁷⁹ wurden unterdessen die Bezuschussung von Universaldiensten im Personen-, Luft- und Seeverkehr geregelt. Gegenwärtig bereitet die Kommission⁸⁰ eine Gesamtregelung dieses Komplexes für sämtliche Universaldienstleister an.

Der von der Kommission vorgeschlagene und inzwischen geschaffene Regelungskomplex sieht im Einzelnen vor:

- Die Erbringer sozialer Dienstleistungen vom Beihilferecht gänzlich freizustellen (a),
- die Schwelle beihilferechtlich unschädlicher öffentlicher Zuwendungen neu festzulegen (b) und
- die Bedingungen wirtschaftsrechtlich statthafter, d. h. dem Beihilfeverbot genügender Ausgleichszahlungen begrifflich zu präzisieren (c).

a) Ausschluss

Aufgrund des Beschlusses der Kommission vom 20.2.2011⁸¹ ist durch Verordnung festgelegt, welche Ausgleichsleistungen zugunsten von Universaldienstleistern mit sozialrechtlicher Grundlage als mit dem Binnenmarkt für vereinbar anzusehen sind (Art. 1). Dies sind „b) Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten; die Erbringung von Nebendienstleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, insbesondere in der Forschung, steht der Anwendung dieses Absatzes jedoch nicht entgegen; c) Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Deckung des sozialen Bedarfs, im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, den Zugang zum und die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ (Art. 2, 1 b) c)).

Ausweislich der Erwägungen sollen damit vor allem die Gesundheitssysteme, aber auch das Bildungs- und Hochschulwesen – einschließlich der dort betriebenen Forschung – ausgenommen sein.⁸² Im Übrigen findet sich in Begründungserwägung (11) das wesentliche Motiv für diese Freistellung: „Krankenhäuser und mit sozialen Dienstleistungen beauftragte Unternehmen, die mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, weisen Besonderheiten auf, die berücksichtigt werden müssen. Insbesondere ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass im aktuellen wirtschaftlichen Umfeld und beim derzeitigen Entwicklungsstand des Binnenmarkts für soziale Dienstleistungen Beihilfen notwendig sein können, deren Höhe, den in diesem Beschluss festgesetzten Schwellenwert für den Ausgleich von Kosten, im Zusammenhang mit öffentlichen Dienstleistungen überschreitet. Ein größeres Ausmaß von Ausgleich für soziale Dienstleistungen hat also nicht notwendigerweise eine Steigerung des Risikos von Wettbewerbsverzerrungen zur Folge. Deshalb sollte, die nach diesem Beschluss vorgesehene Befreiung von der Anmeldepflicht auch für Unternehmen gelten, die mit der Erbringung von Sozialdienstleistungen betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen

⁷⁸ ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67.

⁷⁹ ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1.

⁸⁰ SEC (2010), 1545 endg. vom 7.12.2010, 14 ff., 30 ff.; vgl. KOM (2011) 9380, 9381 endg. vom 20.12.2011; KOM (2011) 9404 endg.

⁸¹ KOM (2011) 9380 endg.; vgl. auch ABl. EU C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

⁸² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM (2011) 9404 endg.

bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen, selbst wenn der ihnen gewährte Ausgleichsbetrag die in diesem Beschluss festgelegte allgemeine Obergrenze für Ausgleichleistungen übersteigt. Dies sollte auch für Krankenhäuser gelten, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten und Nebendienstleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, insbesondere in der Forschung. Um in den Genuss der Befreiung der Anmeldepflicht zu kommen, sollten soziale Dienstleistungen klar ausgewiesen werden und den sozialen Bedarf, im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, den Zugang zum Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen, decken.“

b) Mindestbetrag jährlicher öffentlicher Zuwendungen

Eine weitere Beschränkung findet der Anwendungsbereich des Beihilferechts durch Festlegung eines Schwellenwertes, unterhalb dessen Ausgleichleistungen für Universaldienste unschädlich sind: „(1) Dieser Beschluss findet Anwendung auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichleistungen, die Unternehmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, im Sinne von Art. 106 Absatz 2 AEUV gewährt werden und in eine der folgenden Kategorien fallen:

a) Ausgleichleistungen von nicht mehr als 15 Mio. Euro pro Jahr für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur; schwankt die Höhe der Ausgleichleistungen während des Betrauungszeitraums, so ist der jährliche Betrag als Durchschnitt der Jahresbeträge der für den Betrauungszeitraum vorgesehenen Ausgleichleistungen zu berechnen“ (Art. 2, 1 a)).

Darüber hinaus sind mangels Binnenmarktwirksamkeit (De Minimis) Zuwendungen ausgenommen, die 500 000 Euro in drei Jahren nicht übersteigen.⁸³

c) Tatbestandliche Formung der Ausgleichszahlung

Im Übrigen soll durch eine VO (EU), über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf „De-Minimis-Beihilfe“ an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen,⁸⁴ von der Beihilferegelung ausgenommen werden, wenn das Gesamtvolumen der öffentlichen Zuwendungen 500 000 Euro in der Zeit von drei Jahren nicht übertrifft. Ferner wird in weitgehender Anlehnung an das EuGH-Urteil in Sachen Altmark-Trans⁸⁵ der Tatbestand einer Ausgleichszahlung für Leistungen an Universaldienstleister präzisiert und so auf ihren legitimen Zweck begrenzt. Die Regelung bezweckt, die öffentliche Zahlung auf die Abgeltung der von dem Zahlungsempfänger erbrachten gemeinwirtschaftlichen Aufgaben zu beschränken.⁸⁶

Um diese Zwecksetzung der Zahlung zu sichern, namentlich zu unterbinden, dass durch die öffentliche Zuwendung mehr ausgeglichen wird, als die durch die gemeinwirtschaftliche Aufgabe ausgelöste, vom Markt nicht ausgeglichene Zusatzbelastung zu kompensieren, ist eine Ausgleichsleistung nur noch anzuerkennen, wenn der Universaldienstleister durch einen Rechtsakt speziell mit der Wahrnehmung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betraut wird. Darin soll die übertragende Aufgabe den Gegenstand, die räumliche Verbreitung sowie die übertragenen Verzugsrechte genau bezeichnen und schließlich durch die Zahlung eine Überkompensation, wie die Rückzahlung überobligatorischer Leistungen vermieden werden.

⁸³ ABI. EU L 114 vom 26.4.2012, S. 8.

⁸⁴ KOM (2011) 9381 endg.

⁸⁵ EuGH Slg. 2003, I-7747 (Altmark Trans).

⁸⁶ KOM (2011) 9404 endg., Rn. 43 ff.

Es ist des Weiteren zu sichern, dass die für die Ausgleichszahlungen herangezogenen Bestimmungsgrößen Parameter objektiv und transparent sind. Die Ausgleichszahlungen sollen sich an den in RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG für die Berechnung spezieller Universaldienstleistungen auf den Gebieten der Wasser-, Energie-, Post-Versorgung für öffentliche Zuwendung bei Bau-, Liefer- und Dienstverträgen maßgebenden Regeln orientieren.⁸⁷

4. Folgerungen

Das sich in allen diesen Regelungen abzeichnende EU-Recht wird die soziale Daseinsvorsorge in ihren Kernmaterien der Gesundheitsversorgung, Bildungs- und Sozialarbeit pauschal und global vom Beihilferecht freistellen. Das war zwar schon bislang der Fall. Der Tatbestand einer Freistellung war aber nicht klar begrifflich umrissen und war deshalb auch nicht ausdrücklich normiert. Das vorliegende Recht schafft insoweit Klarheit. Es lässt zwar manchen Auslegungsspielraum offen im Hinblick darauf, dass es die sozialen Dienste innerhalb der Universaldienste vom Wirtschaftsrecht der EU gänzlich freistellt, wogegen sie jedenfalls im Grundsatz dem EU-Recht unterworfen sind. Es lässt sich ihm aber die Grundaussage entnehmen, dass namentlich die sozialen Dienste dem Beihilferecht nicht unterliegen.

Der das Beihilferecht ausschließende Schwellenwert von 15 Mio. Euro jährlich ist sachgerecht. Er sichert, dass lokale Zuwendungen des Staates oder solche Zuwendungen mit lokaler Wirkung das Beihilferecht nicht berühren, weil der Binnenmarkt durch lokale Geschehnisse nicht betroffen ist. Die Normierung der Tatbestandsmerkmale für die Ausgleichszahlungen sind – bei aller tatbestandlichen Offenheit, die freilich alle neuen Begriffsbildungen kennzeichnen – prinzipiell geeignet, im Lichte des Art. 14 AEUV Universaldienste in ihrer Eigenheit zu bewahren und gleichzeitig zu gewährleisten, dass es durch Überkompensation zu einer Verfälschung des Wettbewerbs käme. Das neue Recht schafft alles in allem im materiellen Beihilferecht Klarheit; es wird auch der Sozialwirtschaft in ihrer Eigenheit gerecht.

Allerdings treten die Freistellungen nicht kraft Gesetzes, sondern aufgrund eines Verwaltungsverfahrens ein, das grundsätzlich jeder Empfänger von öffentlichen Ausgleichsleistungen durchlaufen muss, weil die Freistellung aufgrund einer Verwaltungsentscheidung vorgenommen wird. Dies macht den Leistungserbringern im Verwaltungsverfahren viel Mühe und erlegt ihnen insbesondere die Last zur Darlegung der Freistellungs- und Befreiungsvoraussetzungen gegenüber den zuständigen Behörden auf. Das ist mühsam und lästig, aber wegen der Sicherung der Kontrollfunktion der Kommission schwerlich zu umgehen.

IV. Vergaberecht

1. Zweck des Vergaberechts

Ob die Sozialleistungsgewährung dem Vergaberecht unterliegt, wurde in den vergangenen Jahrzehnten in Rechtsprechung und Literatur eingehend erörtert. Dies kann nicht überraschen, angesichts der weiten Verbreitung der für die Vergabe typischen Dreiecksverhältnisse zwischen einem Sozialleistungsträger, welcher dem Leistungsberechtigten eine Sozialleistung schuldet, und einem davon unabhängigen, ihm gegenüber zur Honorierung der erbrachten Leistung berechtigten Leistungserbringer. Beispiele

⁸⁷ KOM (2011) 9404 endg., Rn. 65.

für solche Gestaltungen finden sich in der Kranken- und Pflegeversicherung, Rehabilitation wie dem Arbeitsförderungs-, Jugend- und Sozialhilferecht.⁸⁸

Für alle diese Zweige des Sozialrechts ist charakteristisch, dass ein öffentlicher Leistungsträger Dienste dem Berechtigten gegenüber schuldet, deren Erfüllung aber ein selbstständiger Leistungsträger auf der Basis eines dem Berechtigten zustehenden Wunsch- und Wahlrechts (§ 33 SGB I) übertragen ist. § 17 I Nr. 2 SGB I bestimmt, dass die Leistungsträger „die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung“ stellen müssen. Das Vergaberecht soll die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung, namentlich die Sparsamkeit öffentlicher Haushalte, und die Gleichbehandlung aller Wettbewerber durch Schaffung von Transparenz gewährleisten.⁸⁹

Diese Debatte wurde vor dem Hintergrund des EU-Rechts geführt, welches von den Mitgliedstaaten umfassend die Beachtung vergaberechtlicher Grundsätze fordert. Die elementare Regelung enthält Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004.⁹⁰ Das Vergaberecht umfasst die Normen, „die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt“.⁹¹ Das EU-Vergaberecht schützt „die Interessen, der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer ..., die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren und Dienstleistungen anbieten möchten und zu diesem Zweck die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei der Auftragsvergabe bei einer Auftragsvergabe und zugleich die Möglichkeit ausschließen, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt“.⁹²

Das EU-Vergaberecht soll im Binnenmarkt also nicht nur eine diskriminierungsfreie Betrauung mit Leistungserbringern sichern, sondern auch verhindern, dass bei der Entscheidung über die Erteilung von öffentlichen Aufträgen an Leistungserbringer durch die Sozialleistungsträger – wie hergebracht – regional-, industrie-, sozial- und arbeitsmarktpolitische Erwägungen eine tragende Rolle spielen.⁹³ „Das Vergaberecht soll die besondere Diskriminierungsgefahr erfassen, die mit der Nachfrage durch öffentliche Auftraggeber verbunden ist“⁹⁴, durch „strikte Verfahrensregulierung...zur Sicherung chancengleichen Zugangs im Vertragswettbewerb“.⁹⁵ Für das Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen sichert Art. 21, 23, 25 RL 2004/18/EG in Verbindung mit Anhang II Teil B Kategorie 25 ein gegenüber den allgemeinen Regeln „modifiziertes Vergabeverfahren“.

2. Prinzipien des Vergaberechts

Den Anforderungen des Vergaberechts unterliegen alle öffentlichen Auftraggeber, soweit sie Dienstleistungsaufträge mit Ausschlusswirkung abschließen und dies den Binnenmarkt berührt. Die öffentliche Hand ist in ihrer Entscheidung über die eigene Erbringung einer Dienstleistung oder deren Vergabe

⁸⁸ §§115 ff., 124 ff., 127, 129 SGB V, 15 II 1 SGB VI i.V.m. 19, 21 I SGB IX, 78a SGB VIII und 75 SGB XII.

⁸⁹ Hartmut Lange, Sozialrecht und Vergaberecht, 2011, 29.

⁹⁰ ABl. EG L 134 vom 30.4.2004, 114.

⁹¹ BVerfG – 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03= NVwZ 2006, 1396.

⁹² EuGH Slg 2001, I-9233, 9267 Rn. 36 (Lombardini und Mantovani); EuGH Slg. 2000, I-8035, 8070, Rn. 16 f. (University of Cambridge).

⁹³ Heike Schweitzer Wirtschaftsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Sozialleistungen, in Deutscher Sozialrechtsverband (Hg.), Beschaffungen von Sozialleistungen durch Vergabe, 2011, 17 ff; Becker/Schweitzer, Gutachten B 69. DJT (2012), B 45.

⁹⁴ Becker/Schweitzer, B 53.

⁹⁵ Ebd., B 49.

an Fremde grundsätzlich frei.⁹⁶ Bei der Leistungserbringung durch die öffentliche Hand gilt die RL 2004/18/EG nicht, auch wenn die Erbringung durch eine rechtlich selbstständige Stelle der öffentlichen Einrichtung stattfindet (In-House-Vergabe).⁹⁷

Aus Gründen der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sind öffentliche Auftraggeber gehalten, die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen oder -konzessionen bekannt zu machen. Dazu muss, die von den Beauftragten oder Konzessionären zu erbringende Leistung, öffentlich ausgeschrieben werden; spätere Änderungen der Vertragsbedingungen sind auf der Basis der Ausschreibung statthaft.⁹⁸ Grundsätzlich sind alle Wirtschaftsteilnehmer im Vergabeverfahren zu berücksichtigen; bei der Erledigung von sozialen Dienstleistungen ist jedoch eine Beschränkung auf nicht gewerbliche Anbieter statthaft.⁹⁹

Auch die Begründung einer öffentlich-privaten Partnerschaft unterfällt dem Vergaberecht.¹⁰⁰ Ein Abstand-Nehmen vom Vergaberecht kommt in Betracht und ist auch rechtlich statthaft, wenn die Vergabebehörden im Voraus Auflagen festlegen, die bei Erbringung einer sozialen Dienstleistung zu beachten sind, falls allen Dienstleistern, transparent und frei von Diskriminierungen, Lizenzen oder Genehmigungen erteilt werden. „Die Anzahl der Dienstleister unterliegt in diesem Fall weder Beschränkungen noch Quoten: Jeder, der die Bedingungen erfüllt, kann die Leistung anbieten“.¹⁰¹

3. Tatbestand des Vergaberechts

Ein im Rahmen des Vergaberechts zu beurteilender Dienstleistungsauftrag ist eine entgeltliche Übertragung einer Dienstleistung an einen Beauftragten zur selbstständigen Erledigung gegen Abrechnung mit dem öffentlichen Auftraggeber. Dem Begriff öffentlicher Auftraggeber unterfallen unproblematisch die Gebietskörperschaften des Bundes, der Länder und Gemeinden (Städte und Landkreise). Auch Sozialversicherungsträger sind nach der Rechtsprechung als öffentliche Auftraggeber¹⁰² anzusehen. Diese Stellung führen die Sozialleistungsträger auf ihren sozialen Auftrag, ihre Finanzierung durch öffentliche Abgaben und fehlende unternehmerische Orientierung zurück.¹⁰³

Ein Dienstleistungsauftrag ist ein primär wirtschaftlich zu bestimmender Tatbestand, dessen rechtliche Einordnung als Verwaltungsakt, privat- oder öffentlich-rechtlicher Vertrag keine entscheidende Bedeutung zukommt.¹⁰⁴ Der Dienstleistungsauftrag ist dadurch gekennzeichnet, dass zwischen öffentlichem Auftraggeber und Leistungserbringer ein Rechtsverhältnis entsteht, aufgrund dessen der Beauftragte ein Entgelt für die Erbringung einer Leistung an einen gegenüber dem Berechtigten erbringt und der Beauftragte als Leistungserbringer dem öffentlichen Auftraggeber als Sozialleistungsträger gegenüber verpflichtet ist.

⁹⁶ SEC (2010), 1545 endg. vom 7.12.2010, 65.

⁹⁷ EuGH Slg. 2005, I-1 (Stadt Halle); EuGH Slg. 1999, I-8121 (Teckal).

⁹⁸ EuGH Slg 2004, I-3801 (Kommission ./ CAS Succhi di Frutta SpA).

⁹⁹ Ebd., 75, Rechtsgrundlage RL 2004/18/EG Anhang II Teile A und B.

¹⁰⁰ Ebd., 77.

¹⁰¹ Ebd., 81.

¹⁰² EuGH Slg 2009, I-4779 (Oymanns).

¹⁰³ EuGH Slg 2007, I-11173 (Bayerischer Rundfunk).

¹⁰⁴ EuGH Slg 2001, I-5409 (Teatro alla Scalla); EuGH 20.10. Slg 2005, I-8831 (Kommission ./ Frankreich); Slg. 2007, I-385 (Auroux).

Kein Dienstleistungsauftrag, sondern eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn der Nutzer das Leistungsentgelt selbst festlegt und erhebt oder von einem Sozialleistungsträger erhält.¹⁰⁵ Die Dienstleistungskonzession vermittelt dem Empfänger lediglich die Möglichkeit zum Erwerb der Gegenleistung, ohne dass der öffentliche Auftraggeber dadurch ein eigenes wirtschaftliches Risiko übernehmen würde. Beim Dienstleistungsauftrag hat der öffentliche Träger dagegen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Leistungserbringung. Bei der Dienstleistungskonzession hingegen trägt dieses vielmehr einzig der Konzessionär.¹⁰⁶ Erfolgt dagegen eine Zulassungsentscheidung ohne Ausschlusswirkung aufgrund eines Zulassungsanspruchs wie bei der Rehabilitation¹⁰⁷ oder im Rahmen der Pflegeversicherung, der Sozial- und Jugendhilfe¹⁰⁸ oder in der Arbeitsförderung¹⁰⁹, so liegt ebenfalls kein Dienstleistungsauftrag vor, weil die Entscheidung keine Ausschlusswirkung entfaltet, sondern eine an subjektive Voraussetzungen geknüpfte und mit der Zulassung als erfüllt angesehene Zulassungs- und Zugangsentscheidung darstellt, die keinen potentiell befähigten Leistungserbringer ausschließt. Schließlich muss die, durch ein unterbleibendes Vergabeverfahren eintretende Beschränkung, für den Binnenmarkt erheblich sein.¹¹⁰ Dieses Ziel wird erreicht durch die Festlegung von Schwellenwerten, unterhalb deren eine Anwendung des Vergaberechts nicht vorgesehen ist.¹¹¹

V. Fazit

Das EU-Wirtschaftsrecht gilt auch für die Unternehmen, welche wirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse erbringen (Art. 14, 106 II AEUV). Sie haben eine Sonderstellung inne, die sie – da auf einem von Gesetzen oder Kollektivverträgen reglementierten Markt tätig – nicht dem Prinzip der freien Preisfindung aussetzt und sie deshalb vom Wettbewerbsrecht in Gestalt des Kartellrechts grundsätzlich freistellt. Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind auch materiell dem Beihilferecht entzogen, unterliegen ihm aber in formeller Hinsicht. Sie müssen namentlich das Beihilfeverfahren durchlaufen, auf dass ihr Geschäftszweck, ihre Finanzierung und Finanzausstattung auf der Basis einer förmlichen Betrauung zur Erfüllung des Gemeinwohlauftrages durch die Beihilfeaufsicht überprüft und gewürdigt werden kann.

Öffentliche Auftraggeber unterliegen schließlich jenseits der Schwellenwerte dem Vergaberecht. Dessen Strenge und Förmlichkeit kann jedoch durch ein Sozialleistungsrecht überwunden werden, das an die Stelle von Selektivverträgen auf die Öffnung aller fachlich befähigten potentiell befähigten Leistungsträger setzt und, im Rahmen von Wunsch- und Wahlrechten, den Sozialleistungsberechtigten die Auswahl unter den Leistungsträgern überlässt. Besteht zu einem solchen System ein von allen Diskriminierungen freier Zugang für die Leistungserbringer, dann werden Vergabeverfahren nicht nötig.

¹⁰⁵ EuGH - 10.3.2011 - Rs. C- 274/09, Slg 2011, I-... (Krankentransport Stadler).

¹⁰⁶ Kaltenborn, Vergabe in der Gesetzlichen Krankenversicherung, SDSRV 60, 2011, 47, 52.

¹⁰⁷ Welti, Vergabe im Bereich der Rehabilitation, SDSRV 60, 2011, 93 ff.

¹⁰⁸ Rixen, Vergaberecht in der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII), SDSRV 60, 2011, 69 ff.

¹⁰⁹ Hänlein, Vergabe in der Arbeitsförderung, SDSRV 60, 2011, 111 ff.

¹¹⁰ EuGH Slg 2006, I-6295 (FENIN).

¹¹¹ Becker/Schweitzer, B 51

Resümee

Die im Brüsseler Kreis vereinten 13 großen Sozialunternehmen beschäftigen sich seit über zehn Jahren mit europäischen Entwicklungen und deren Auswirkungen auf die nationale gesundheitliche und soziale Dienstleistungserstellung in Deutschland. Neben den aktuellen sozialpolitischen Aktivitäten der Europäischen Union, die u. a. an den Europa 2020-Zielen, den europäischen Förderprogrammen sowie Initiativen wie beispielsweise dem ESF oder der Initiative für soziales Unternehmertum, ablesbar sind, wirken sich insbesondere die europäischen Wettbewerbsregeln auf die Dienstleistungserbringung vor Ort aus. Dies wird auch durch die vorliegende Expertise deutlich. Gerade in Deutschland, mit seinem subsidiären System und der damit im europäischen Vergleich geringen Staatsquote bei der sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungserbringung, kommt diesen Vorschriften eine besondere Bedeutung zu. Im Folgenden werden einige Überlegungen des Brüsseler Kreises zu diesem komplexen Themenfeld benannt, die zu weiteren Diskussionen einladen sollen. Dabei erkennt der Brüsseler Kreis sehr wohl die Bestrebungen einer möglichst transparenten und mit den Grundsätzen des europäischen Binnenmarkts konformen öffentlichen Mittelvergabe an.

Europäische Kommission und Parlament bekunden zunehmend die besondere Bedeutung einer qualitativ hohen sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungserbringung sowie den Beitrag der in diesem Aufgabenfeld engagierten Unternehmen für die positive Entwicklung der Union.

Die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Dr. Eichenhofer zeigen auf, dass die Mitglieder des Brüsseler Kreises entsprechend der europäischen Kriterien als Unternehmen einzuordnen sind, die aber – und hier liegt die Besonderheit – dem Gemeinwohl dienend sind. Grundsätzlich gilt für sie daher das Wettbewerbsrecht, wenn auch mit eingeschränkter Wirkung. Dabei dürfte der überwiegende Teil der Angebote der Unternehmen des Brüsseler Kreises im Bereich der Beihilfavorschriften aufgrund ihrer Ausprägung unter den Anwendungsbereich des Freistellungsbescheides fallen, wodurch sie von der Pflicht zur Anmeldung bei der Kommission freigestellt sind. Nichtsdestotrotz müssen auch bei diesen Beihilfen die Kriterien „Betrauungsakt, Kostenparameter und Überkompensation“ erfüllt sein.

In erster Linie scheint hier insbesondere der Betrauungsakt fremd zu sein. Die im Brüsseler Kreis vernetzten Unternehmen erbringen seit teilweise über 100 Jahren soziale und gesundheitliche Dienstleistungen für assistenzbedürftige Menschen – und zwar aus eigener Motivation und nicht aufgrund staatlicher Betrauung. Auch wenn die Betrauung in der Regel durch den konkreten Zuwendungsbescheid quasi im Nachhinein erfolgt, ist hier insbesondere die institutionelle staatliche Ausrichtung, die in der Tat, wie von Herrn Prof. Dr. Dr. Eichenhofer zutreffend beschrieben, an Feudalismus erinnert, kritisch zu sehen. Auch wenn dies durch den anzuerkennenden Wunsch getragen und bestimmt wird, das Wirken von gemeinwohlorientierten Trägern auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge amtlich zu kennzeichnen und einen entsprechenden anschließenden Kontrollmechanismus zu installieren, kann hier nicht von einer zivil-gesellschaftlichen Struktur gesprochen werden. Letztlich bestellt der Staat soziale und gesundheitliche Dienstleistungen nicht nach eigenem Ermessen, sondern erfüllt bloß die rechtlich geschuldeten Ansprüche seines Souveräns, der in diesem Kontext als Kunde auftritt und seinen Anspruch auf soziale oder gesundheitliche Dienstleistungserstellung durch einen Mix aus steuerfinanzierter staatlicher Hilfe, Versicherungsleistungen und eigenen Mitteln finanziert. Zudem liegt die hohe Bedeutung gemeinnütziger sozialwirtschaftlicher Unternehmen, die auch in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19. Februar 2009 zur Sozialwirtschaft betont wird, nicht nur in der reinen Bereitstellung der entsprechend betrauten Dienstleistungen, sondern auch in zwei weiteren Funktionen, nämlich der Sozialintegration und der Interessenvertretung. Erst hierdurch können diese

Organisationen ihren vollen Nutzen für Politik, Verwaltung, freie Wirtschaft und private Haushalte entfalten. Durch die oben beschriebenen Sachverhalte ist eine gewisse Verengung auf die Rolle als bloßes Dienstleistungsunternehmen aber nicht zu übersehen, was kritisch zu reflektieren ist.

Darüber hinaus darf die, mit der Darlegung der Freistellungs- und Befreiungsvoraussetzungen gegenüber den zuständigen Behörden verbundene, bürokratische Mehrbelastung für soziale Unternehmen in diesem Kontext nicht ausgeblendet werden. So steht einer von öffentlicher Seite möglichst nachvollziehbaren Mittelvergabe an Unternehmen in der Regel auch ein erhöhter bürokratischer Aufwand entgegen, der letztlich wiederum Mittel bindet, welche dann für die Dienstleistungserbringung selbst ausfallen.

Wie von Eichenhofer aufgeführt, soll das Vergaberecht neben der Sparsamkeit der öffentlichen Haushalte insbesondere die Gleichbehandlung aller Wettbewerber durch Transparenz in der Beschaffung von Dienstleistungen und Gütern gewährleisten. Von diesem Gesichtspunkt aus haben die europäischen Vorschriften zur Vergabe sehr wohl ihre Berechtigung. Die Eignung dieses Ansatzes für die Beschaffung von sozialen und gesundheitlichen Diensten gilt es jedoch zu hinterfragen. Die Europäische Kommission begründet die Sonderregelungen für die Vergabe von sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungen insbesondere mit ihrer geringen grenzüberschreitenden Dimension und ihrem besonderen Charakter unter Verweis auf landesspezifische Unterschiede, hinsichtlich der administrativen, organisatorischen und kulturellen Rahmenbedingungen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob das Instrument der Ausschreibung aufgrund seiner Ausrichtung auf die Bedarfsdeckung des Auftraggebers überhaupt für den Bereich der personenbezogenen sozialen Dienstleistungserstellung geeignet ist, bei denen das Wunsch- und Wahlrecht im Vordergrund stehen muss. Die mangelnde personenbezogene Ausrichtung zeigt sich in Deutschland insbesondere im Bereich der Ausschreibung von Bildungsmaßnahmen durch die Bundesagentur für Arbeit. Das derzeit angewandte Ausschreibungs- und Vergabesystem bedeutet, dass der Leistungsträger die Bildungs- und Fördermaßnahme beim Maßnahmenerbringer ohne Beteiligung des Klienten einkauft. So besitzen etwa Jugendliche in diesem Bereich höchstens eine eingeschränkte Wahlfreiheit zwischen den aktuell vergebenen Maßnahmen oder Ausbildungsplätzen. Folglich kann es beispielsweise geschehen, dass Jugendliche, die Koch werden wollen, in eine Ausbildung zum Metallwerker eingewiesen werden, da diese Ausbildung gerade in der jeweiligen Region entsprechend nachgefragt wird. Einsprüche werden teils sehr spät bearbeitet und entschieden, so dass Jugendliche vielfach ungewollte Ausbildungen schon beendet haben, bevor der Einspruch rechtswirksam wurde. Ein Großteil der sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungen wird, wie in der Expertise aufgeführt, in Deutschland innerhalb des „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses“ erbracht. Sie haben eher den Charakter einer Dienstleistungskonzession, als den eines öffentlichen Auftrags, der unter die jeweiligen Vergabevorschriften fallen würde. Jedoch erfolgt aktuell die Erweiterung der Ausschreibungspflicht auf Dienstleistungskonzessionen von Seiten der Europäischen Kommission. Auch wenn die aktuellen Entscheidungen wiederum Sonderregelungen für die soziale und gesundheitliche Dienstleistungserstellung enthalten, die lediglich die Einhaltung der Grundprinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung sowie die Bekanntmachungspflicht einfordern, wird dies zu einem weiteren Bürokratieranstieg in diesem Bereich bei allen Beteiligten führen. Nach Ansicht des Brüsseler Kreises besteht der Bedarf für die Anwendung formalisierter Vergabeverfahren jedoch nur, wenn eine Konzession exklusiv an einen Bieter vergeben werden soll. Denn das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis mit seinem Zulassungsanspruch für alle Interessenten, die gewisse Qualitätsstandards einzuhalten in der Lage sind, ist als ein transparentes, nicht diskriminierendes und mit dem Binnenmarkt in Einklang stehendes Wettbewerbsmodell anzusehen. Trotz der hier bloß indirekten Ausstattung der Nachfrager mit finanziellen Mitteln sind diese doch in ihrer Wahl des Anbieters frei, verfügen also faktisch über Kundensouveränität.

Die zunehmende Regulierung der öffentlichen Mittelverwendung sollte Anlass sein, stattdessen die personenzentrierte Leistungsgewährung weiter voranzutreiben, die nicht zuletzt auch fachlich zu begrüßen ist. Dabei ist es nach Ansicht des Brüsseler Kreises zunächst unerheblich, ob die Vergütung hierfür direkt oder indirekt vom hierzu mit öffentlichen Mitteln ausgestatteten Nachfrager/-in kommt. Das Wunsch- und Wahlrecht der Nachfrager muss stets, entsprechend des gesetzlichen Anspruchs, im Mittelpunkt stehen. Ihm muss also die Entscheidung zwischen den zugelassenen Anbietern obliegen, die dann für ihre Leistungen entsprechend vergütet werden.

Für den Brüsseler Kreis
Daniel Kiesel & Christian Dopheide

Der Brüsseler Kreis

Der Brüsseler Kreis ist ein Zusammenschluss großer evangelischer und katholischer Sozialunternehmen in Deutschland. Vor dem Hintergrund einer wachsenden Nachfrage nach sozialen Dienstleistungen und stets knappen Ressourcen vertritt der Brüsseler Kreis die Interessen einer unternehmerisch handelnden Sozialwirtschaft. Seine Mitglieder verstehen sich als soziale Dienstleistungsunternehmen mit dem christlichen Auftrag, Menschen mit dem Ziel zu mehr Autonomie zu assistieren, damit sie am Leben, in der Gesellschaft und in der Kirche teilhaben können. Die Unternehmen positionieren sich mit innovativen sozialen Dienstleistungen als aktive Partner auf dem europäischen Sozialmarkt.

Der Brüsseler Kreis ist tätig in den Bereichen Behindertenhilfe, Altenhilfe, Jugendhilfe, Gesundheit und Bildung. Mit rund 47 000 Mitarbeitenden und 35 000 stationären, teilstationären und ambulanten Angeboten erreichen seine Mitglieder jährlich rund 100 000 Klienten und erwirtschaften einen Jahresumsatz von rund 2 Mrd. Euro.

Mitglieder:

- Katholische Jugendfürsorge Regensburg e. V.
- Christophorus-Werk Lingen e. V.
- Gruppe Norddeutsche Gesellschaft für Diakonie
- Evangelische Stiftung Alsterdorf
- Evangelische Stiftung Hephata
- Josefs-Gesellschaft gGmbH
- Katholische Jugendfürsorge der Diözese Augsburg e. V.
- Sozialwerk St. Georg e. V.
- Stiftung Liebenau
- Pommerscher Diakonieverein e. V.
- Die Rummelsberger Dienste für Menschen gGmbH
- Evangelisches Johannesstift SbR
- Diakonie Stetten e. V.

Sprechergruppe: Christian Dopheide, Sprecher
Georg Kruse und Dr. Berthold Broll, stellv. Sprecher

Notizen

Notizen



Brüsseler Kreis