



25. Oktober 06

DV 35/01/06

Arbeits- und Orientierungspapier des Deutschen Vereins zum europäischen Beihilferecht

- Fokus soziale Dienste

Vorliegendes Papier soll vor allem kommunalen wie frei-gemeinnützigen Entscheidungsträgern eine erste Orientierung zum Verständnis und zur Anwendung des europäischen Beihilferechts (Regelungen des sog. Monti- bzw. Beihilfen-Pakets¹) geben. Allerdings wird und soll es die Berücksichtigung aller möglichen Einzelfälle nicht leisten. Als Ausgangspunkt der Darstellung dienen die Fragen der öffentlichen und privaten Träger aus der sozialen Praxis zum Umgang mit den beihilferechtlichen Vorgaben auf der europäischen Ebene.

Parallel zum Beratungsprozess des Deutschen Vereins befasste sich u. a. die Innenministerkonferenz (IMK) mit der Umsetzung des Monti-Pakets. Sie hat kürzlich eine Handreichung² erarbeitet. Der Deutsche Verein betrachtet sein Papier als Ergänzung und Konkretisierung der Handreichung mit dem Fokus auf die sozialen Dienste.

1. Vorbemerkung

Im Juli 2005 hat die Europäische Kommission das sog. Beihilfen-Paket verabschiedet. Die Freistellungsentscheidung als Teil dieses Pakets konkretisiert die bisherigen Vorgaben des Beihilferechts auf der Grundlage der im EG-Vertrag enthaltenen Regelungen (vgl. Artikel 86 Absatz 2 EG). Sie stößt gleichzeitig einen Konsultationsprozess an, dessen Ergebnisse für die Weiterentwicklung des europäischen Beihilferechts verwendet werden können.

Die Freistellungsentscheidung ist Gegenstand dieses Arbeits- und Orientierungspapiers.

¹ „Monti-Paket“, Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. L312/67 vom 29.11.2005; Gemeinschaftsrahmen für Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. C 297/4 vom 29.11.2005; Transparenz-Richtlinie 2005/81/EG der Kommission vom 28.11.2005; ABl. L 312/47 vom 29.11.2005

² „Handreichung für die Kommunen zum Monti-Paket“ vom 23.06.2006 mit umfangreichen Erläuterungen zu den für die Diskussion und rechtliche Prüfung relevanten Begriffen, veröffentlicht auch unter www.dstgb.de

Der Deutsche Verein möchte mit seinem Papier nicht nur Hilfestellung zur Anwendung der beihilferechtlichen Regelungen geben, sondern auch anregen zur Diskussion der Neuregelungen und ihrer Auswirkungen auf die Praxis der öffentlichen und freien Träger sozialer Arbeit. Er empfiehlt sich in der laufenden Diskussion als Ansprechpartner für die Verbände.

2. Wirtschaftliche Betätigung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts

Entscheidend für die Anwendbarkeit des Beihilferechts ist der Marktbezug der ausgeübten Tätigkeit. Nach dem weit gefassten Unternehmensbegriff des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (wenn auch nur potentiell), eine wirtschaftliche Betätigung. Wirtschaftliche Betätigungen unterliegen einem grundsätzlichen Beihilfeverbot. Ob die Tätigkeit mit einer Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist, ist dabei rechtlich unerheblich.

Nach dieser Auffassung können gelten auch *Einheiten* als Unternehmen, die nach deutschem Kommunalrecht als nichtwirtschaftliche Einrichtungen oder rechtlich unselbständiger Teil einer Kommune klassifiziert werden. Entscheidend ist allein der Marktbezug der betreffenden Tätigkeiten in Abgrenzung zu verwaltungsinternen Maßnahmen (Inhouse-Geschäften). Für sog. Quasi-Inhouse-Geschäften von Einrichtungen, an denen eine Kommune Anteile hält, erfolgt die Abgrenzung zwischen verwaltungsinternen bzw.-externen Tätigkeiten mittels des Kontroll- und des Wesentlichkeitskriterium³. So sind grundsätzlich auch kommunale Eigenbetriebe als Unternehmen zu qualifizieren.

Anders ist es, wenn eine Tätigkeit *nichtwirtschaftlichen* Charakter hat. Die Nichtwirtschaftlichkeit gründet sich allerdings nicht allein darauf, dass die Tätigkeit eine sozialen oder karitativen Charakter hat. Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen im Bereich der sozialen Sicherung für die Feststellung der Nichtwirtschaftlichkeit enge Voraussetzungen entwickelt. So hat er für Tätigkeiten von „Einrichtungen wie den Krankenversicherungen“ entschieden, dass Versorgungsleistungen zur sozialen Sicherheit *nichtwirtschaftlich* sind, wenn sie auf Basis der nationalen Solidarität (Solidarmechanismus) ausgeübt werden - konkreter, wenn die Höhe der Beiträge nicht an den versicherten Risiken anknüpft, die Leistungen von Gesetzes wegen unabhängig von der Beitragshöhe erbracht werden und ein finanzieller Ausgleich der Kosten und Risiken zwischen den Kassen stattfindet.⁴

³ Das Kontrollkriterium ist erfüllt, wenn die Kommune über die beauftragte Einrichtung die *Kontrolle* wie über eine eigene Dienststelle hat. Die Einrichtung muss die Tätigkeit *im Wesentlichen* für diejenige Körperschaft verrichten, die ihre Anteile inne hat (Teckal, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98; Stadt Halle, Urteil vom 11.01.2005 Rs. C-26/1003; Carbotermo SpA, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04; ANAV, Urteil vom 06.04.2006, Rs. C-140/04). Sind Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt, ist von Marktbezug auszugehen und das Beihilferecht entsprechend zu beachten.

⁴ Vgl. Poucet et Pistre, EuGH, Rs. C-159/91 und C-160/9, Slg. 1993, I-637; AOK Bundesverband, EuGH, Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01; INAIL, EuGH, Urteil v. 22. 01.2002, Rs. C- 218/00

Im Übrigen können Krankenkassen und Krankenverbände außerhalb ihrer nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen durchaus wirtschaftliche Tätigkeiten (z. B. im Fall der Zusatzversicherungen) ausführen.

3. Der Beihilfebegriff

3.1 Voraussetzung: wirtschaftliche Begünstigung eines einzelnen Marktteilnehmers

Sofern der Marktbezug der zu fördernden Tätigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, muss das Beihilferecht beachtet werden. Betroffen sein können alle Unternehmen, Einrichtungen oder Organisationen, unabhängig von ihrer Rechtsform (z. B. auch Vereine) oder Finanzierungsgrundlage, soweit sie Empfänger **staatlicher** Zuwendungen sind. Staatlich bedeutet „aus öffentlicher Hand“. Erfasst sind nach der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls Zuwendungen von einem privaten bzw. öffentlichen Unternehmen oder von einer Organisation, bei der der Staat, eine öffentliche Einrichtung bzw. eine Gebietskörperschaft direkt oder indirekt einen entscheidenden Einfluss ausübt.

Der Beihilfebegriff wird weit ausgelegt und findet auf eine Vielzahl von Leistungen/Vergünstigungen der nationalen, regionalen und kommunalen Stellen Anwendung. Beihilfen können Geldleistungen (*direkte Beihilfen*) sowie jeder sonstige geldwerte Vorteil sein. Unter diese Definition fallen u. a. marktunübliche Vergünstigungen in Miet- und Kaufverhältnissen, Sondertarife, Bürgschaften oder Befreiungen von Belastungen wie (Sozial-)Abgaben, z. T. auch steuerrechtliche Privilegierungen (*indirekte Beihilfen*) etc.

Eine Begünstigung in Form eines geldwerten Vorteils gegenüber anderen (potentiellen) Marktteilnehmern ist ausgeschlossen, wenn der Zuwendungsempfänger eine marktadäquate **Gegenleistung** erbringt. Um die Angemessenheit der Gegenleistung zu bestimmen, wird allgemein auf den sog. „Markt-Investor-Test“ zurück gegriffen. Dabei wird ein staatlicher Zuwendungsgeber einem umsichtig und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelndem Investor in der Privatwirtschaft gleichgestellt. Hätte sich der marktwirtschaftlich handelnde Investor ebenso verhalten, wie z. B. eine Kommune als Zuwendungsgeber, liegt keine Begünstigung/Vorteil des Zuwendungsempfängers vor.

Eine Begünstigung ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Zuwendung eine Förderung darstellt, die allen Dienstleistungsanbietern zu gleichen Bedingungen zugänglich ist (**fehlende Selektivität**), z. B. bei der Infrastrukturförderung.

Keine wirtschaftliche Begünstigung und damit keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 87 EG liegt vor, wenn die als „**Altmark-Trans-Kriterien**“⁵ bekannten Voraussetzungen bei Ausgleichszahlungen für die Erfüllung einer *gemeinwohlorientierten* Aufgabe vorliegen. Insbesondere das 4. Altmark-Kriterium (Vergleich mit einem durchschnittlich, gut geführten Unternehmen) dürfte jedoch selten praktikabel sein. Demnach wird sich auf Grundlage der Altmark-Trans-Rechtsprechung die wirtschaftliche Begünstigung/der Vorteil des Zuwendungsempfängers selten ausschließen lassen. Lässt sich der Beihilfecharakter einer staatlichen Zuwendung an dieser Stelle nicht ausschließen, gilt die Anmelde- und Notifizierungspflicht⁶, soweit nicht ausnahmsweise eine Freistellung der Beihilfe hiervon vorgesehen ist.

3.2 Zuwendung ohne wettbewerbsverzerrende Wirkung

Ist eine Zuwendung nach Art oder Umfang per se nicht geeignet, den freien Wettbewerb oder den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (keine Binnenmarkt-relevanz), liegt keine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 EG vor. Dies gilt insbesondere für staatliche Zuwendungen in den Bereichen, in denen der Markt wegen starker Regulierung von vornherein beschränkt ist⁷, der finanzielle Vorteil für Unternehmen nur geringfügig ist oder die Tätigkeit nur lokal beschränkte Auswirkungen hat.

3.2.1 Die Freistellung von „De-Minimis“-Beihilfen

Beläuft sich der Zuwendungsbetrag auf einen verhältnismäßig geringen Betrag (gegenwärtig 100.000 EUR über einen Zeitraum von drei Jahren), geht die Europäische Kommission davon aus, dass durch die Subventionen keine Wettbewerbsverzerrung ausgelöst werden kann. Die maßgeblichen Schwellenwerte sind in der sog. De-minimis-Verordnung⁸ festgelegt. Berechnungsgrundlage für Neubewilligungen von Subventionen sind das laufende und die zwei vorangegangenen Steuerjahre.

⁵ Altmark-Trans, EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00: Voraussetzung für zulässige Zuwendungen (keine Beihilfe):
- Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwohlorientierter Verpflichtungen betraut sein.
- Die Parameter zur Berechnung des Ausgleiches sind vorher, objektiv und transparent aufzustellen.
- Der Ausgleich darf keinesfalls höher sein als die Kosten, die bei der Erfüllung der gemeinwohlorientierten Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinnes entstanden sind.
- Falls das zu betrauende Unternehmen nicht im Zuge eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt wurde, ist die Höhe des Ausgleiches anhand der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte (wobei wiederum die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen sind).

⁶ S. dazu Kap. 4

⁷ Wenn das begünstigte Unternehmen zusätzlich auf liberalisierten Märkten tätig ist, sind Beeinträchtigungen des Wettbewerbs nicht von vornherein auszuschließen, und es kann ggf. eine Notifizierungspflicht im Sinne des Artikel 88 bestehen.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 69/2001 vom 12.01.2001 (ABl. L 69, S. 30 ff. v. 13.01.2001); ab 01.10.2007 soll eine neue Verordnung erlassen werden, mit der der Schwellenwert auf 200.000,00 EUR bei veränderter Kumulierbarkeit der Beträge und höheren Anforderungen an die ex ante-Berechnung des Betrages ab 01.01.2007 angehoben werden soll

3.2.2 Tätigkeiten mit lokalem Bezug

Sind die Auswirkungen einer Zuwendung auf eine Region oder einen einzelnen EU-Mitgliedstaat beschränkt, wird der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt und es liegt keine Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Absatz 1 EG vor.

Das Kriterium der Handelsbeeinträchtigung ist in jedem Falle eng auszulegen. Eine Handelsbeeinträchtigung/Wettbewerbsverzerrung ist ausgeschlossen, wenn die betreffende Einrichtung nachweislich nur einen regionalen Einzugsbereich bedient (bzw. bedienen wird). Außerdem müssen vergleichbare Einrichtungen verfügbar sein, damit sicher gestellt ist, dass die fragliche Einrichtung keine Personen aus einem anderen Mitgliedstaat anlocken würde, wenn sie aufgrund öffentlicher Zuwendungen niedrigere Preise anböte⁹.

4. Verpflichtung zur Anmeldung und Notifizierung von Beihilfen

4.1 Generelles Notifizierungsgebot

Zur besseren Überwachung der Finanzströme, die zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könn(t)en, müssen Beihilfen vorab durch die Europäische Kommission genehmigt werden. Deshalb sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, geplante Beihilfen bei der Kommission gemäß Art. 88 EG anzumelden. Die Kommission prüft dann auf Grundlage des Gemeinschaftsrahmens¹⁰ ob die Beihilfe zu genehmigen ist.

Mit der Notifizierungspflicht ist ein Durchführungsverbot verbunden, d. h., bis zum Abschluss der Prüfung durch die Kommission darf eine Beihilfe nicht ausgezahlt werden. Geschieht dies dennoch, so sind gewährte Beihilfen zurück zu zahlen, der Vertrag oder das Rechtsgeschäft ist im Übrigen nichtig.

4.2 Zulässige Beihilfen – die Ausnahmetatbestände des Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG

Von der generellen Anmelde- und Notifizierungspflicht gibt es Ausnahmen. Sie gelten Gemäß Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG z. B. für Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (und nicht Unternehmen) oder Beihilfen zur Beschäftigungs-, Wirtschafts- bzw. Kulturförderung. Die Zuwendungen haben Beihilfecharakter, sind aber laut EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar bzw. können mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein. Die Beihilfen müssen regulär angemeldet werden. Die Europäische Kommission hat dann mangels Ermessensspielraums zu genehmigen bzw. kann Beihilfen nach engen Kriterien genehmigen.

⁹ Freizeitbad Dorsten, Entscheidung der Kommission vom 12.1.2001, Rs. N258/2000; Tourismusinfrastrukturprogramm Baden-Württemberg, Entscheidung der Europäischen Kommission vom 9.4.2002, Rs. N610/2001

¹⁰ Gemeinschaftsrahmen für Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. C 297/4 vom 29.11.2005.

5. Freistellung von der Anmeldung und Notifizierungspflicht durch die sog. Freistellungsverordnungen

Für die Förderung bestimmter Tätigkeiten gelten spezielle europäische Freistellungsverordnungen für die Anmeldung und Notifizierungspflicht einer staatlichen Beihilfe, z. B. für:

- Beihilfen zur Förderung von kleineren und mittleren Unternehmen (KMU)
- Beihilfen zur Förderung von Beschäftigung/Ausbildung.

Diese Beihilfen können ohne Anmeldung und Notifizierung ausgezahlt werden (Freistellung), solange sie die Voraussetzung der Verordnungen erfüllen. Die Verordnungen wirken aufgrund ihres Rechtscharakters unmittelbar in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

5.1 Freistellung von der Genehmigungspflicht für Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU)

Die Kommissionspolitik wird im Hinblick auf staatliche Beihilfen für KMU durch eine entsprechende Gruppenfreistellungsverordnung¹¹ bestimmt. Die Europäische Gemeinschaft steht der Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen positiv gegenüber, weil sie deren Rolle bei der Schaffung von Arbeitsplätzen und als Faktor wirtschaftlicher Dynamik in der Gemeinschaft hoch einschätzt.

Als KMU gelten alle Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. € erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. € beläuft¹². Förderfähig sind insbesondere Investitionsbeihilfen (für Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte) sowie Kosten für Beratungsdienstleistungen oder Messeteilnahmen.

5.2 Freistellung von der Genehmigungspflicht für Ausbildungs- und Beschäftigungsbeihilfen

Auf der Grundlage weiterer Gruppenfreistellungsverordnungen¹³ kann die Förderung allgemeiner Ausbildungsmaßnahmen zur Verbesserung der Vermittlungsmöglichkeit eines Arbeitnehmers oder – wegen der Gefahr der Wettbewerbsverzerrung in weit beschränkterem Maße – die Förderung spezifischer Ausbildungsmaßnahmen eines bestimmten Unternehmens von der Notifizierung freigestellt werden. Die Freistellung gilt nicht für Beihilfen, deren

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 70/2001 vom 12.01.2001 der Kommission über die Anwendbarkeit der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen für kleinere und mittlere Unternehmen

¹² Empfehlung der Kommission 2003/361/EG vom 06.05.2003, ABl. L 124/36 v. 20.05.2003

¹³ Verordnung (EG) Nr. 68/2001 der Kommission über die Anwendbarkeit der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen; Verordnung EG Nr. 2204/2002 der Kommission über die Anwendbarkeit der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337/3 vom 13.12.2002

Höhe über 1,0 Mio. € für ein einzelnes Ausbildungsvorhaben liegt. Die freigestellten Beihilfen können nicht mit anderen staatlichen Beihilfen kumuliert werden.

Freigestellt durch Verordnung sind auch Beihilfemaßnahmen zur Schaffung von Arbeitsplätzen für Erwerbslose (Laufzeit mindestens zwei Jahre) sowie für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Benachteiligungen oder Behinderungen. Diese Beihilfen dürfen unter bestimmten Voraussetzungen mit anderen staatlichen Beihilfen/Gemeinschaftsmitteln rechnerisch zusammengefasst werden.

6. Freistellung von Ausgleichzahlungen für gemeinwohlorientierte Aufgaben – die Freistellungsentscheidung¹⁴

Staatliche Beihilfen an Unternehmen, die mit der Bereitstellung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betraut sind, können unter bestimmten, restriktiven Bedingungen ohne Notifizierung zulässig sein. Eine Freistellung von der Notifizierungspflicht (einschließlich Anmeldung) kommt in Betracht, wenn die staatliche Zuwendung den Zweck hat, ein **gemeinwohlorientiertes** Dienstleistungsangebot sicher zu stellen, Artikel 86 Absatz 2 EG.

Der EuGH und die Europäische Kommission haben die Rechtfertigungsvoraussetzungen des Artikel 86 Absatz 2 EG konkretisiert: Bei der Übertragung der Aufgabe an externe kommunale Unternehmen oder Dritte muss bereits klar festgelegt sein, dass die geförderte Tätigkeit gemeinwohlorientierten Charakter hat und die staatliche Zuwendung nur die durch die Gemeinwohlverpflichtung entstehenden erforderlichen (Netto-)Mehrkosten ausgleicht. Ebenfalls vorab müssen alle notwendigen Parameter zur Berechnung der Ausgleichszahlung bestimmt sein (Kontrolle der Überkompensierung).

Diese Ausnahmeregelung gilt grundsätzlich für alle Bereiche der sozialen Arbeit, für Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, Einrichtungen der Beschäftigungsförderung (sofern nicht der Gruppenfreistellungsverordnung für Beschäftigungsförderung unterliegend) etc.

Grundlage der Prüfung ist folgendes Schema:

1. Ausgleichzahlung liegt unter den Schwellenwerten der Freistellungsentscheidung – s. 4.1
2. Übertragung der gemeinwohlorientierten Aufgabe auf eine Einrichtung durch sog. öffentlichen Betrauungsakt – s. 4.2

¹⁴ Entscheidung der Kommission vom 28.11.05 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. L312/67 vom 29.11.2005.

3. Vorab-Festlegung von Parametern zur Berechnung des Ausgleiches im Betrauungsakt – s. 4.3
4. Höhe der Ausgleichszahlung maximal zur Deckung der durch die Übernahme der gemeinwohlorientierten Aufgabe entstandenen Mehrkosten erforderlich – s. 4.4

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Beihilfe von der Anmeldung und Notifizierung freigestellt. Das heißt aber nicht, dass die Beihilfe nicht aufgrund anderer Regelungen (insb. nationaler) rechtswidrig sein könnte oder die übertragene Aufgabe nicht doch hätte ausgeschrieben werden müssen.

6.1 Einhaltung der Schwellenwerte

Für die Freistellung von der Notifizierungspflicht darf der Gesamtbetrag der staatlichen Zuwendungen 30 Mio. € jährlich nicht erreichen. Zudem muss der Jahresumsatz des Unternehmens in den letzten beiden Rechnungsjahren, die der Übertragung einer gemeinwohlorientierten Aufgabe vorausgegangen sind, insgesamt (vor Steuern) weniger als 100 Mio. € betragen haben. Zuwendungen an Krankenhäuser und Unternehmen des sozialen Wohnungsbaus unterliegen diesen Grenzwerten nicht.

Die Bezugsgröße für die Berechnung der Schwellenwerte ist diejenige (einzelne) Einrichtung, die im sog. öffentlichen Betrauungsakt bezeichnet wird. Unterhält ein Träger mehrere Einrichtungen bzw. „Unternehmen“ in einem spezifischen Sektor (Altenpflege, Hilfe für Menschen mit Behinderungen etc.) und diese Einrichtungen sind jeweils durch einen eigenständigen Betrauungsakt mit der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben beauftragt worden, werden die Beträge der einzelnen Zuwendungen nicht zusammen gefasst.

6.2 Vorliegen eines Betrauungsaktes

Der Betrauungsakt ist an eine konkrete Einrichtung gerichtet und bestimmt Art und Dauer der zu übertragenden sozialen Aufgabe. Er muss auf Anfrage einsehbar sein.

Er kann in Form eines oder mehrerer Verwaltungsakte erfolgen, ebenso als öffentlich- oder privatrechtlicher Vertrag. Entscheidend ist die Rechtsverbindlichkeit. Bei der Beauftragung eines kommunalen Eigenbetriebes durch eine Kommune erfolgt die Beauftragung durch einen internen Organisationsakt.

z.B.

Bezogen auf Pflegeeinrichtungen wird zwischen den Landesverbänden der Pflegekassen und dem Träger einer Pflegeeinrichtung (privat-gewerblich oder öffentlich) im Einvernehmen mit den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe ein Versorgungsvertrag gem. § 72 SGB XI abgeschlossen. Mit Vertragsabschluss erhalten die Pflegeeinrich-

tungen den Status einer „zugelassenen Pflegeeinrichtung“ mit der generellen Berechtigung und Verpflichtung, während der Dauer des Vertrages Pflegebedürftige zu Lasten der Pflegeversicherung zu versorgen.

Erst wenn ein Versorgungsvertrag abgeschlossen wurde, kann der Träger der Pflegeeinrichtung weitere Verträge wie die Leistungs- und Qualitätsvereinbarung nach § 80a SGB XI oder die Vergütungsvereinbarung nach § 84 ff. SGB XI abschließen und in den Genuss von landesspezifischen Förderprogrammen kommen. Die Betrauung tritt ein, wenn die zu übertragende Aufgabe in Inhalt, Art und Ausmaß konkret festgelegt ist.

Beispiele – die allerdings nicht zur Verallgemeinerung im Bundesrecht gelten - sind die Fördervoraussetzungen des § 28 der bayrischen Verordnung zur Ausführung des Elften Buchs Sozialgesetzbuch (AVPfleVG) und die allgemeinen Grundsätze der Förderung von Pflegeeinrichtungen des § 9 des Landespflegegesetzes Nordrhein-Westfalen (PfG NW).

Die Beteiligung unterschiedlicher Ebenen bei der Betrauung und Zuwendung hat keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Betrauungsaktes, wenn z. B. bei Krankenhäusern der öffentliche Betrauungsakt seitens des Landes oder der Kassen begründet ist, Zuwendungsgeber aber die Kommunen sind.

6.3 Festlegung der Parameter zur Berechnung der Ausgleichszahlung

Die Parameter zur Berechnung, Überwachung und etwaigen Änderung des Ausgleiches müssen bereits im Betrauungsakt enthalten sein, um Zahlungen zu vermeiden, die über den erforderlichen Ausgleich hinausgehen, Artikel 4 d) der Freistellungsentscheidung. Der ggf. überschießende Betrag (Überkompensierung) stellt eine unzulässige Beihilfe dar, die zurückgezahlt werden muss.

Die Parameter müssen objektiv und transparent festgelegt sein. Darüber hinaus müssen Vorkehrungen benannt sein, damit keine Überkompensierung entstehen kann bzw. überhöhte Beträge zurückgezahlt werden können. Regelungen zur Berechnung des Ausgleiches bzw. der Überkompensierung finden sich vor allem auf untergesetzlicher Ebene (z. B. Verwaltungsvorschriften).

6.4 Vermeidung von Überkompensation

Der Ausgleich darf maximal so hoch sein, wie zur Deckung der durch die Erfüllung der Verpflichtung entstandenen Nettomehrkosten erforderlich. Die Höhe des Ausgleiches bemisst sich laut Art. 5 Absatz 1 der Freistellungsentscheidung nach sämtlichen mit der Erbringung der gemeinwohlorientierten Dienstleistung verbundenen (tatsächlichen) Ausgaben abzüglich der erwirtschafteten Erträge (zzgl. einer angemessenen Rendite des eingebrachten Eigen-

kapitals). Grundlage einer ordnungsgemäßen Prüfung ist zumindest eine Jahresabschlussprüfung, aufgrund derer überwacht werden kann, dass keine Überkompensierung erfolgt ist und die kalkulierten Kosten für die Zuwendung (als Ausgleich) nicht zu hoch angesetzt wurden. Wurde die gemeinwohlorientierte Aufgabe im Wege einer ordentlichen Ausschreibung an den wirtschaftlichsten Anbieter vergeben, entspricht der Betrag des Ausgleichs dem vereinbarten Preis, da die Aufgabe nicht wirtschaftlicher hätte umgesetzt werden können. Führt eine Einrichtung neben gemeinwohlorientierten Dienstleistungen auch andere – nicht staatlich geförderte – Tätigkeiten aus, so die beiden Bereiche durch getrennte Buchführung auszuweisen¹⁵.

6.5 Verstöße und Verjährung der Rückforderungsansprüche

Bei Verstößen im Rahmen der Freistellungsentscheidung muss der gesamte Vertrag als Grundlage für die Beauftragung rückabgewickelt und die überhöhte Ausgleichzahlung (Überkompensierung) zurückgezahlt werden, Art. 6 UA 2 Satz 1 Freistellungsentscheidung. Bei geringfügigen Überkompensationen (maximal 10 % der jährlichen Ausgleichsumme) kann eine Anrechnung auf die Zuwendungen im Folgejahr bzw. die nächstfolgenden Ausgleichperiode erfolgen.

Die Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche beträgt 10 Jahre.

Anlage

Übersicht der Prüfungspunkte

¹⁵ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.07.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 193 vom 29.07.2000