



Bundesministerium
für Gesundheit

Finanzierung der Daseinsvorsorge und Europäisches Wettbewerbsrecht

Auslegungs- und Anwendungshilfe zur praktischen Umsetzung der Finanzierung von
Leistungen der Daseinsvorsorge im Gesundheitswesen im Einklang mit den
maßgeblichen Regelungen im Europäischem Wettbewerbsrecht

www.bundesgesundheitsministerium.de

Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung des neuen Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20.12.2011 [ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3] im Gesundheitswesen, insbesondere im Krankenhaussektor und im Bereich der Langzeitpflege (Stand 25.02.2013)

I. Einleitung.....	2
II. Wichtigste Neuerungen durch den Freistellungsbeschluss.....	3
III. Allgemeines.....	4
1. Unternehmensbegriff	4
2. Tatbestand der Beihilfe	5
3. Ermessen im Hinblick auf die Einstufung als DAWI	6
IV. Darstellung der Regelungen des Freistellungsbeschlusses im Einzelnen.....	7
1. Anwendungsbereich	7
2. Betrauungsakt.....	8
3. Bestimmung der Gemeinwohlverpflichtung des betrauten Unternehmens.....	10
4. Festlegung der Parameter für Ausgleich und Vermeidung von Überkompensation	11
5. Kontrollpflichten	14
6. Transparenz.....	14
7. Übergangsbestimmung.....	15
8. Abschließende Empfehlung.....	15
9. Konkurrenz zu anderen Vorschriften	16
V. Schlusswort.....	18

I. Einleitung

Die Europäische Kommission hat ein neues Vorschriftenpaket verabschiedet, welches die Revision der Beihilferegelungen über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) – sogenanntes "Almunia-Paket" oder "Altmark-Paket", zuvor "Monti-Kroes-Paket" oder "Monti-Paket" – abschließt.

Es umfasst die folgenden Instrumente:

1. eine interpretatorische Mitteilung [ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4]
2. den neuen Freistellungsbeschluss [ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3]
3. einen geänderten Rahmen [ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 15]
4. eine neue De-Minimis-Verordnung [ABl. L 114 vom 26.4.2012, S. 8]

Die De-Minimis-Verordnung trat als letzter Teil des DAWI-Beihilfenpakets Ende April 2012 in Kraft, während dessen Hauptteil bereits im Dezember 2011 verabschiedet worden ist.

Mit dem neuen Vorschriften-Paket wird konkretisiert, welche Art von Ausgleichsleistungen für DAWI notifizierungsfrei gewährt werden können bzw. unter welchen Voraussetzungen notifizierungspflichtige Beihilfen als genehmigungsfähig gelten.

Adressaten des DAWI-Pakets sind alle staatlichen Stellen (nationale, regionale sowie lokale), die Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI gewähren. Auch für die Anbieter der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, also die Empfänger einer Ausgleichsleistung, ist es wichtig zu wissen, welchen Vorschriften bzw. neuen Regeln sie hinsichtlich der Gewährung einer Ausgleichsleistung unterliegen.

Für Ausgleichsleistungen im Bereich der Gesundheitsfürsorge ist der Freistellungsbeschluss das zentrale Dokument des neuen Vorschriftenpakets. Er regelt, unter welchen Voraussetzungen Ausgleichsleistungen für bestimmte Kategorien von Dienstleistungen von der Pflicht zu Anmeldung (Notifizierung) bei der Europäischen Kommission freigestellt sind, weil sie als nicht oder nur unerheblich wettbewerbsbeeinträchtigend gelten.

Während der bisherige Freistellungsbeschluss im Bereich der Gesundheitsfürsorge im Wesentlichen die Dienstleistungen von Krankenhäusern von der Notifizierungspflicht ausgenommen hat, gilt dies nach dem neuen Freistellungsbeschluss auch für andere Sozialdienstleistungen, so auch für die Langzeitpflege.

Die vorliegende Auslegungs- und Anwendungshilfe soll alle Anwenderinnen und Anwender im Gesundheitswesen für die neue Rechtslage sensibilisieren und bei der rechtssicheren Anwendung unterstützen. Sie orientiert sich in ihrer Gestaltung und Zweckrichtung an der bereits im Jahr 2008 veröffentlichten Auslegungs- und Anwendungshilfe des BMG zur Freistellungsentscheidung 2005/842/EG. Da sich einige wichtige Neuerungen durch den Freistellungsbeschluss im Vergleich zur Vorgängerregelung ergeben haben, dient dieses Papier der Überarbeitung und Aktualisierung. Im Juni 2012 hat das Bundesministerium für Gesundheit zu einem Workshop mit Fachkreisen aus dem Gesundheitswesen eingeladen, um über die Auswirkungen des neuen DAWI-Pakets zu diskutieren und um Anregungen für offene Auslegungsfragen aus der Praxis zu gewinnen. Ergebnisse und Erkenntnisse aus dieser Veranstaltung sind in dieses Papier eingeflossen.

Den untenstehenden, ausführlicheren interpretatorischen Ausführungen (*III. Allgemeines und IV. Darstellung der Regelungen des Freistellungsbeschlusses im Einzelnen*) vorangestellt sei im Folgenden zunächst eine kurze Zusammenfassung der wichtigsten sich durch den Freistellungsbeschluss ergebenden Neuerungen.

II. Wichtigste Neuerungen durch den Freistellungsbeschluss

- Der generelle Schwellenwert wurde mit dem neuen Freistellungsbeschluss im Vergleich zur alten Rechtslage von jährlich 30 Mio € auf 15 Mio € halbiert. Während jedoch nach der alten Rechtslage das Gesundheitswesen betreffend nur der Krankenhaussektor schwellenwertunabhängig freigestellt war, gilt dies nun auch für andere Sozialdienstleistungen, so auch für den Bereich der Langzeitpflege. Insofern erleichtert der neue Beschluss die rechtlichen Möglichkeiten zur Gewährung von notifizierungsfreien Ausgleichsleistungen beispielsweise auch an Pflegeeinrichtungen, wenn diese DAWI erbringen.
- Im Betrauungsakt selbst muss auf den neuen Freistellungsbeschluss verwiesen werden.
- Die Dauer der Betrauung darf zehn Jahre grundsätzlich nicht überschreiten, es sei denn, das mit einer DAWI betraute Unternehmen muss eine erhebliche Investition erbringen, die über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss.
- Der Beschluss konkretisiert die Berechnungsmodalitäten für die Höhe der Ausgleichsleistung, die zu berücksichtigenden Einnahmen und den angemessenen Gewinn.

- Überkompensationen sind zu vermeiden und Vorkehrungen auch für die etwaige Rückabwicklung von Überkompensationen zu treffen. Sie sind zurückzufordern, wenn sie mehr als 10 % der jährlichen Ausgleichsleistung ausmachen. Übersteigt die Überkompensation diesen Prozentsatz nicht, kann sie auf das Folgejahr angerechnet werden.
- Mit dem Freistellungsbeschluss einher geht ein deutlicher Zuwachs an Bürokratie für die beihilfegewährenden Stellen u.a. durch verschärfte Kontrollpflichten, durch Transparenzregelungen sowie durch Berichtspflichten gegenüber der Europäischen Kommission.
- Aufgrund der verschärften Kontroll- und Berichtspflichten ist auf eine sorgfältige Dokumentation besonderes Augenmerk zu legen.
- Eine Übergangsbestimmung legt fest, dass Beihilferegelungen, die nach der alten Freistellungsentscheidung notifizierungsfrei waren, es aber nach dem neuen Beschluss nicht mehr sind, für weitere zwei Jahre, also bis zum 31. Januar 2014, von der Anmeldepflicht befreit bleiben. Bereits rechtmäßig aufgrund der alten Freistellungsentscheidung gewährte Einzelbeihilfen bleiben wirksam. Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des Freistellungsbeschlusses wirksam wurden und nicht die Voraussetzungen der alten Freistellungsentscheidung erfüllen, sind von der Notifizierungspflicht befreit, wenn sie die Voraussetzungen des neuen Freistellungsbeschlusses erfüllen.

III. Allgemeines

Gemäß Art. 1 und 3 des Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2011 sind staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von DAWI gewährt werden, unter den im Freistellungsbeschluss genannten Voraussetzungen von der Notifizierungspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit.

1. Unternehmensbegriff

Der Unternehmensbegriff ist dabei weit zu fassen. Er ist funktional und nicht davon abhängig, welche Rechtsform nach nationalem Recht die jeweilige Einheit hat, oder ob die Einheit soziale Zwecke verfolgt und ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig ist. Entscheidend ist nur, ob die

jeweilige Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, d.h. ob sie Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet.¹

Im Bereich der Gesundheitsfürsorge gelten Dienstleistungen, die gegen Entgelt erbracht werden, als wirtschaftliche Tätigkeit, auch wenn sie beispielsweise in einem öffentlichen Krankenhaus erbracht werden.²

Mit Erwägungsgrund 11 wird im Freistellungsbeschluss jedoch explizit auf Folgendes hingewiesen:

"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 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."³

2. Tatbestand der Beihilfe

Der Tatbestand einer Beihilfe i.S.d. EU-Rechts setzt voraus, dass das Unternehmen, welches Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnimmt, eine Begünstigung erhalten hat. Dieser EU-

¹ Zum Unternehmensbegriff und zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit vgl. die Mitteilung der Europäischen Kommission KOM (2011)9404, Ziff. 9-15. Diese orientiert sich an der ständigen Rspr. des Gerichtshofs und dient als Auslegungshilfe.

² Die Mitteilung der Europäischen Kommission KOM (2011)9404 präzisiert in Ziff. 21-25, dass rein auf dem Solidaritätsprinzip beruhende Krankenhäuser, die nicht gegen Entgelt, sondern direkt aus staatlichen Mitteln oder aus Sozialversicherungsbeiträgen finanziert werden, nicht als Unternehmen angesehen werden. Wird jedoch die Dienstleistung – wie auch in Deutschland – direkt von den Patienten oder von deren Versicherungen gezahlt, so herrscht zwischen den Krankenhäusern Wettbewerb und deren Tätigkeit ist grds. als wirtschaftlich anzusehen.

³ K(2011) 9380 endgültig, S. 3.

beihilferechtliche Begriff der Begünstigung ist grds. weit zu fassen. Es ist darunter jeder wirtschaftliche Vorteil zu verstehen, der direkt oder indirekt aus staatlichen Mitteln gewährt wird und den das betroffene Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.⁴

3. Ermessen im Hinblick auf die Einstufung als DAWI

Welche Dienstleistungen als DAWI eingestuft werden, unterliegt grundsätzlich dem Ermessen der Mitgliedstaaten. Hieran hat sich im Vergleich zur alten Rechtslage nichts geändert. Der weite Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten unterliegt lediglich der Missbrauchskontrolle durch die Europäische Kommission und den Europäischen Gerichtshof.⁵

In Randnummer 47 der „Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse [K(2011) 9404]“ wird ausgeführt:

„Aus Artikel 106 Absatz 2 AEUV geht hervor, dass Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, eine „besondere Aufgabe“ übertragen wurde. Allgemein umfasst die Betrauung mit einer „besonderen Dienstleistungsaufgabe“ die Erbringung von Dienstleistungen, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte.“

Dabei werden diese Dienstleistungen "im Interesse der Allgemeinheit"⁶ bzw. "zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht"⁷ was bedeutet, dass ein Gemeinwohlinteresse an der Dienstleistung bestehen muss.

⁴ Vgl. Leitfaden des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen zur EG-beihilfenrechtskonformen Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge (NRW-Leitfaden) , Ziff. 2.1.; veröffentlicht auf der Internetseite der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/de_2_de.pdf

⁵ Vgl. Ziff. 45-50 der Mitteilung der Europäischen Kommission KOM (2011)9404 sowie Erwägungsgrund 8 des Freistellungsbeschlusses: Wie aus der ständigen Rspr. hervorgeht, haben die MS bei der Festlegung, welche Dienstleistungen als von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gelten, einen weiten Ermessensspielraum. Aufgabe der Kommission ist es, darüber zu wachen, ob bei dieser Festlegung keine offenkundigen Fehler unterlaufen sind.

⁶ Ziff. 47 der Mitteilung der Europäischen Kommission, ABI. C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

⁷ Ziff. 50 der Mitteilung der Europäischen Kommission ABI. C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

IV. Darstellung der Regelungen des Freistellungsbeschlusses im Einzelnen

1. Anwendungsbereich

Art. 2 des Freistellungsbeschlusses legt fest, welche Kategorien von Ausgleichsleistungen für DAWI vom Anwendungsbereich erfasst sind:

- Bis zu einem Schwellenwert von 15 Mio € je DAWI pro Jahr werden gem. Absatz 1 a) alle Ausgleichsleistungen für DAWI (mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur) freigestellt.
- DAWI durch **Krankenhäuser, die medizinische Versorgung** leisten, fallen gem. Art. 2 Abs. 1 b) schwellenwertunabhängig in den Anwendungsbereich des Beschlusses und sind von der Anmeldepflicht grundsätzlich befreit, wenn sie die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses erfüllen. Der Freistellungsbeschluss ist auch dann anwendbar, wenn das Krankenhaus Nebendienstleistungen erbringt, sofern diese unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind. Beispielhaft ("insbesondere") nennt der Freistellungsbeschluss in Art. 2 Abs. 1 b zweiter Halbsatz hier Forschungsdienstleistungen; es können aber auch andere Nebendienstleistungen darunter fallen.⁸
- Die schwellenwertunabhängige Freistellung von Ausgleichsleistungen für DAWI gilt nach dem neuen Freistellungsbeschluss nicht nur für den Krankenhaussektor, sondern nunmehr u.a. auch für den **Bereich der Langzeitpflege** sowie weitere im Rechtsakt aufgeführte Sozialdienstleistungen (Art. 2 Abs. 1 c).

Eine wichtige Neuerung im Vergleich zur alten Rechtslage ist, dass für die vom Freistellungsbeschluss erfassten Dienstleistungen der Betrauungszeitraum für die Erbringung der DAWI grundsätzlich zehn Jahre nicht übersteigen darf, es sei denn es ist eine erhebliche Investition seitens des Dienstleistungserbringers erforderlich (Art 2 Abs. 2 und EG 12 des Freistellungsbeschlusses). Sofern ein längerer Betrauungszeitraum als zehn Jahre nicht aufgrund einer beträchtlichen Investition gerechtfertigt ist, die einen längeren Abschreibungszeitraum erfordert, sollte die Betrauungsdauer deshalb auf maximal zehn Jahre beschränkt werden.

⁸ Grund für den Halbsatz in lit b) war, klarzustellen, dass der häufige Fall, dass große DAWI-Krankenhäuser auch in Forschung und Lehre tätig sind, diese nicht (insgesamt) aus dem Freistellungsbeschluss herausfallen lässt (und zwar schwellenwertunabhängig).

Es besteht jedoch die Möglichkeit, nach Ablauf von zehn Jahren die Ausgleichsleistung aufgrund eines neuen Anschlussbetrauungsakts neu- bzw. weiterzugewähren. Dies ermöglicht der beihilfegewährenden Stelle, nach Ablauf von 10 Jahren zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung einer Ausgleichsleistung noch in gleicher Form gegeben sind oder ob sie einer Anpassung bedürfen. Gegebenenfalls kann auch im Betrauungsakt darauf hingewiesen werden, dass nach Ende des Betrauungszeitraums eine erneute ergebnisoffene Überprüfung erfolgt, mit dem Ziel über die Neu- bzw. Weitergewährung einer Ausgleichsleistung zu entscheiden.

Die Investitionskostenförderung⁹ ist grundsätzlich nach Ansicht der Bundesregierung nicht als Beihilfe i.S.v. Art 107 AEUV anzusehen.

Im Bereich des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) ist sie im dualen Finanzierungssystem nach § 4 KHG Teil einer aus zwei Quellen gespeisten wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser. Es liegt insofern eine marktgerechte Finanzierung vor, als der Investitionskostenförderung zugunsten von Plankrankenhäusern die Erfüllung des Versorgungsauftrags als Gegenleistung gegenüber steht. Zudem fehlt es am Kriterium der Selektivität der Maßnahme, weil grundsätzlich alle Krankenhäuser, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan und auf Investitionskostenförderung haben.

Im Rahmen des dualen Finanzierungssystems nach § 9 des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) obliegt den Bundesländern die finanzielle Förderung der Investitionskosten von Pflegeeinrichtungen. Die Wahrnehmung dieser Verantwortung liegt in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Hierbei kann von den Bundesländern bestimmt werden, ob und in welchem Umfang eine im Landesrecht vorgesehene finanzielle Unterstützung Pflegebedürftiger bei der Tragung der von den Pflegeeinrichtungen berechneten Investitionskostenumlagen (beispielsweise der so genannten Subjektförderung in Form des Pflegewohngeldes) einer finanziellen Förderung der Investitionskosten von Pflegeeinrichtungen (der so genannten Objektförderung) gleichzustellen ist. Nach § 82 Absätze 3 und 4 SGB XI können die Pflegeeinrichtungen ihre nicht gedeckten, betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen den Pflegebedürftigen gesondert in Rechnung stellen.

2. Betrauungsakt

Die formalen Anforderungen an den Betrauungsakt (Art. 4 des Beschlusses) entsprechen weitestgehend denjenigen der alten Freistellungsentscheidung.

⁹ z.B. Investitionskostenförderung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz. Dies gilt auch in Bezug auf die Investitionskostenförderung von Einzelmaßnahmen, weil insoweit ein gesetzlicher Anspruch auf Investitionskostenförderung erfüllt wird, der grundsätzlich allen Plankrankenhäusern zusteht.

Danach muss die DAWI dem Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Betrauungsakte übertragen worden sein, in dem

- (a) Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen,
 - (b) das beauftragte Unternehmen und ggfs der geografische Geltungsbereich,
 - (c) Art der dem Unternehmen gewährten etwaigen ausschließlichen oder besonderen Rechte,
 - (d) Ausgleichsmechanismus und Parameter für Berechnung, Überwachung und Änderung und
 - (e) Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensation festgelegt sind.
- Zusätzlich muss (dieses Erfordernis ist neu!) im Betrauungsakt selbst auf den Freistellungsbeschluss verwiesen werden.

Zwar gibt der Freistellungsbeschluss keine konkrete Form des Betrauungsaktes vor, jedoch müssen die dem Unternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und alle dem Staat obliegenden Verpflichtungen klar festgelegt sein.¹⁰

Hierzu bedarf es – wie auch nach alter Rechtslage – eines oder mehrerer Rechtsakte, deren Rechtsgrundlage eindeutig und klar erkennbar und geeignet ist, dem jeweiligen Krankenhaus/ der jeweiligen Einrichtung der Langzeitpflege eine verbindliche Gemeinwohlverpflichtung aufzuerlegen.

Die Form des Rechtsakts kann dabei gemäß der politischen Struktur bzw. Verwaltungsorganisation in den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei gewählt werden. Da es keinen numerus clausus für Betrauungsakttypen gibt, kommen die verschiedensten rechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten in Betracht.

Wichtig ist jedoch, dass das Unternehmen in dem Betrauungsakt zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung verpflichtet wird.¹¹

Hierbei bieten sich neben einer vertraglichen Betrauung durch zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag (Dienstleistungsauftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag oder Zuwendungsvertrag) auch die Betrauung durch Verwaltungsakt oder durch eine Betriebsatzung bzw. einen Gesellschaftervertrag in Verbindung mit einem Beschluss der kommunalen Vertretungskörperschaft bzw. der Gesellschafterversammlung¹² an.

Die Kommission zählt in ihrem Leitfaden beispielhaft Konzessionsvertrag und Leistungsbeschreibung, Vereinbarungen zwischen staatlicher Verwaltung und Unternehmen über die

¹⁰ Vgl. EG 14 des Freistellungsbeschlusses: "Um sicherzustellen, dass die Kriterien nach Art. 106 Abs. 2 AEUV eingehalten werden, müssen die Voraussetzungen genauer festgelegt werden, die im Hinblick auf die Betrauung mit DAWI zu erfüllen sind. Die Höhe der Ausgleichsleistungen kann nur dann ordnungsgemäß berechnet und überprüft werden, wenn die dem Unternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und alle dem Staat obliegenden Verpflichtungen in einem oder mehreren Betrauungsakten der zuständigen Behörde im betreffenden Mitgliedstaat klar festgelegt sind."

¹¹ Ziff. 51 der Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

¹² Vgl. NRW-Leitfaden, Ziff. 3.3.1.

Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen, ministerielle Anweisungen, Gesetze und Verordnungen, jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge oder Rechtsverordnungen und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung auf.

3. Bestimmung der Gemeinwohlverpflichtung des betrauten Unternehmens

Wie bereits eingangs dargestellt, gilt der Freistellungsbeschluss nur für Unternehmen, die DAWI erbringen, wobei die Mitgliedstaaten bei der Definition ihrer DAWI jedoch über einen weiten Ermessensspielraum verfügen.¹³

Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs handelt es sich bei DAWI um Dienstleistungen, an denen ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet.¹⁴ Die Auferlegung der besonderen Gemeinwohlverpflichtung durch die Betrauung dient dazu, sicherzustellen, dass DAWI erbracht werden, deren Erbringung ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte¹⁵.

Für Krankenhäuser gilt, wie auch nach alter Rechtslage, dass sich die Gemeinwohlverpflichtung ihrer Tätigkeit aus dem Sicherstellungsauftrag der Länder für eine ordnungsgemäße und bedarfsgerechte stationäre Krankenhausversorgung der Bevölkerung ergibt, der nach Maßgabe der jeweiligen Krankenhausgesetze der Länder näher geregelt ist.¹⁶

Der Sicherstellungsauftrag für die Krankenhausversorgung gewährleistet, dass bei Bedarf auch medizinisch notwendige, den Kostenrahmen unter Umständen sprengende Leistungen erbracht werden, wie z.B.:

- umfassende Notfallversorgung,

¹³ vgl. Fußnote 5.

¹⁴ EuGH, Urteile vom 10. Dezember 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rs. C-179/90, Slg. 1991, S. I-5889, Rdnr. 27, vom 17. Juli 1997, *GT-Link A/S*, Rs. C-242/95, Rdnr. 53, und vom 18. Juni 1998, *Rs. C-266/96, Corsica Ferries France SA*, Slg. 1998, S. I-XXX, Rdnr. 45.

¹⁵ Siehe Ziff. 47 der Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

¹⁶ Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 S. 3 LKHG Baden-Württemberg, der ausdrücklich bestimmt, dass es sich bei der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt. § 1 Abs. 2 KHG NRW bestimmt: "Die Krankenversorgung in Krankenhäusern nach Absatz 1 sicherzustellen, ist eine öffentliche Aufgabe des Landes". Nach Absatz 1 hat das Land "eine patienten- und bedarfsgerechte gestufte wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung durch Krankenhäuser sicherzustellen". Auch das Landeskrankenhausgesetz Mecklenburg-Vorpommerns bestimmt in § 1 Abs. 2: "Die Sicherstellung der Krankenhausversorgung ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte."

- Verpflichtung zur Hilfe im Rahmen von Katastrophen, Pandemien und Großschadensereignissen,
- Vorhaltung von für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung notwendiger medizinischer Behandlungsbereiche auch dann, wenn diese - etwa in Folge geringer Patientenzahlen – nicht kostendeckend betrieben werden können,
- Vorhaltung von Spezialabteilungen,
- Behandlung von Extremkostenfällen.

Für Einrichtungen der Langzeitpflege ist zu bedenken, dass die Länder verantwortlich sind für die Vorhaltung einer leistungsfähigen, zahlenmäßig ausreichenden und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgungsstruktur. Das Nähere zur Planung und zur Förderung der Pflegeeinrichtungen wird durch Landesrecht bestimmt (vgl. § 9 SGB XI). Die eigentliche Gemeinwohlverpflichtung lässt sich dagegen aus dem Zulassungsvertrag mit den Pflegekassen ableiten, die ihrerseits zur Sicherstellung der Versorgung verpflichtet sind (§ 69 SGB XI). Jede Pflegeeinrichtung, die die Zulassungs-, insbesondere die Qualitätsvoraussetzungen erfüllt, hat einen Anspruch auf Abschluss eines solchen.

Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen sind im Betrauungsakt im Einzelnen niederzulegen. Werden daneben andere Dienstleistungen erbracht, die nicht von der Ausgleichszahlung begünstigt werden dürfen, so müssen diese konkret in einer "Negativliste" dargestellt werden.¹⁷

4. Festlegung der Parameter für Ausgleich und Vermeidung von Überkompensation

Die Ausgleichsleistung darf unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken (Art. 5 Abs. 1 Freistellungsbeschluss).

Die Nettokosten sind gem. Art. 5 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses die Differenz zwischen den Kosten¹⁸ nach Absatz 3 und den Einnahmen¹⁹ nach Absatz 4. Sie können aber nach dem neuen Freistellungsbeschluss auch mit der sog. "Net-avoided-cost"- Methode berechnet werden. Danach würde mit der Ausgleichsleistung vereinfacht gesagt die Differenz zwischen

¹⁷ z.B. gewerbliche Dienstleistungen wie Catering, Wäscherei, Cafeteria, oder Krankenhausleistungen, die keine DAWI darstellen, bzw. für die kein DAWI-Auftrag besteht wie Angebot von Spitzenmedizin an Drittstaatsangehörige, Schönheitsoperationen, die nicht im Leistungskatalog der Krankenkassen enthalten sind. Daneben Dienstleistungen, die im Rahmen anderer DAWI-Aufträge oder aufgrund anderer gesetzlicher Grundlagen erbracht werden.

¹⁸ Die Auslegungs- und Anwendungshilfe übernimmt hier die Begrifflichkeiten des Freistellungsbeschlusses in Art. 5 (Ausgleich). Die betriebswirtschaftlich korrekten dementsprechenden Begriffe wären "Aufwand" für "Kosten" sowie "Ertrag" für "Einnahmen".

¹⁹ siehe vorgehende Fußnotenerläuterung.

den Nettokosten mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gegenüber den Nettokosten ohne die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ausgeglichen (Art. 5 Abs. 2 S. 2)²⁰.

Bereits im Vorfeld der Gewährung einer Ausgleichsleistung muss festgelegt werden, für welche DAWI-Verpflichtungen ein Kostenausgleich auf der Grundlage welcher Parameter und in welcher Form (z.B. Entgelt, Zuschuss, Abgabenbefreiung, Übernahme von Betriebskosten, Personalgestellung, Überlassung von Sachmitteln, Bürgschaften) gewährt wird.²¹

Besonders sollte hier auf die Sicherstellung kostenintensiver Leistungen, die betriebswirtschaftlich keinen oder nur geringen Ertrag erbringen, bzw. auf die Leistungsbereiche, in denen Defizite zu erwarten sind, eingegangen werden.

Nebendienstleistungen müssen gem. Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses, auch wenn sie im Zusammenhang mit der DAWI stehen, stets buchhalterisch getrennt ausgewiesen werden. Sie dürfen nicht von der Ausgleichsleistung für die Erbringung der DAWI begünstigt werden. Das Prinzip der Kostentrennung gilt somit nach wie vor. Ausgleichsleistungen können unter dem Freistellungsbeschluss nur für DAWI gewährt werden.²² Falls Einrichtungen oder Personal für die Erbringung von Nebendienstleistungen eingesetzt werden, ist darauf zu achten, dass die entsprechenden Kosten sachgerecht auf Vollkostenbasis oder in marktüblicher Höhe in Rechnung gestellt werden.²³ Neben der Dokumentation der Kostentrennung ist es auch ganz wichtig, dass die Nicht-DAWI zu Marktpreisen angeboten werden. Es müssen also sowohl die Kostentrennung selbst als auch die Erbringung der Nebendienstleistung zu marktüblichen Kosten hinreichend dokumentiert werden.

Die Parameter für die Berechnung, d.h. die Berechnungsmodi, nicht aber die Höhe der Ausgleichsleistung müssen vorab festgelegt werden.²⁴ Es muss von Anfang an feststehen, wie der Ausgleich konkret bestimmt wird.²⁵ Im Falle öffentlicher Trägerschaft können diese Parameter in dem vom jeweils zuständigen Gremium beschlossenen Wirtschafts- oder Haushaltsplan festgeschrieben werden. Hier sollte noch einmal vermerkt werden, dass der etwaige Jahresfehlbetrag ausschließlich aus der Erbringung der jeweiligen DAWI resultiert.

²⁰ Art. 5 Abs. 2 S. 2 lautet: "Sie können aber auch als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung berechnet werden."

²¹ Im Sinne einer "Budgetierung", vgl. NRW-Leitfaden, S. 39.

²² also auch nicht für die Cafeteria des Krankenhauses o.ä. Nebendienstleistungen.

²³ so auch Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 4. Juli 2007, S. 2; sowie Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor, S. 7.

²⁴ vgl. Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor, S. 7.

²⁵ Ziff. 55 der Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

Für den Fall, dass die festgelegten Berechnungsmodi nicht ausreichend oder genau genug festgelegt werden können, um eine angemessene Kompensation für die Erbringung der DAWI zu erreichen, kann entweder im Betrauungsakt selbst ein Korrekturmechanismus vorgesehen werden, der eine Anpassung der Kostenparameter ermöglicht, oder der Betrauungsakt kann nachträglich hinsichtlich der Modifikation eines Kostenparameters aktualisiert werden. Ist eine Überprüfung des Ausgleichsbetrags während des Betrauungszeitraums vorgesehen, müssen zudem im Betrauungsakt die Bestimmungen für diese Überprüfung und ihre möglichen Auswirkungen auf den Gesamtausgleichsbetrag festgelegt werden.²⁶

In Bezug auf den "angemessenen Gewinn" ist neu, dass der Freistellungsbeschluss in Art. 5 Abs. 7 konkrete Voraussetzungen definiert, während die alte Freistellungsentscheidung nur allgemein auf Risikofaktoren und Vergleichsrenditen abgestellt hatte. Nach dem neuen Beschluss gilt, dass eine Kapitalrendite, die den relevanten SWAP-Satz zuzüglich eines Aufschlags von 100 Basispunkten nicht übersteigt, in jedem Fall als angemessen gilt. Der Aufschlag auf den relevanten SWAP-Satz soll das unternehmerische Risiko abbilden und dient unter anderem als Ausgleich für Liquiditätsrisiken im Zusammenhang mit der Bindung von Kapital für die Erbringung der Dienstleistung während des Betrauungszeitraums.²⁷

Sofern kein beträchtliches kommerzielles oder vertragliches Risiko besteht²⁸, weil ein etwaiger Verlust weitgehend ausgeglichen wird, darf der angemessene Gewinn maximal den relevanten SWAP-Satz plus 100 Basispunkte betragen.

Unter "besonderen Umständen" kann für die Ermittlung des angemessenen Gewinns anstelle der Kapitalrendite auch zum Beispiel auf die Umsatzrendite abgestellt werden, Art. 5 Abs. 8.

Übersteigt die Ausgleichsleistung die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten einschließlich des angemessenen Gewinns, so ist die Überkompensation zurückzuzahlen. Gleiches gilt, wenn das Unternehmen die erhaltenen Mittel dazu nutzt, auf einem anderen Markt zu anderen Zwecken als den im Betrauungsakt festgelegten tätig zu werden.²⁹ Die Maßnahmen zur Vermeidung der Überkompensation sind im Betrauungsakt festzulegen³⁰, Art. 4 S. 2 e). Nach Art. 6 Abs. 2 hat der Mitgliedstaat die

²⁶ Ziff. 58 der Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4.

²⁷ EG 19 des Freistellungsbeschlusses.

²⁸ Die Formulierung des Beschlusses "beträchtliches kommerzielles oder vertragliches Risiko" begegnet möglicherweise neuen Auslegungsschwierigkeiten, weil hiermit ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff geschaffen wurde. Wie die Europäische Kommission dies interpretieren wird, bleibt derzeit offen.

²⁹ EG 16 des Freistellungsbeschlusses.

³⁰ Beispielsweise durch automatische Rückzahlungsverpflichtung (§ 49a VwVfG) bei Überkompensation infolge von Mehreinnahmen oder Minderausgaben im Wege einer auflösenden Bedingung.

Überkompensation zurückzufordern, es sei denn, die Überkompensation übersteigt den jährlichen Ausgleich um nicht mehr als 10 %; - in diesem Fall kann sie auf den nächsten Zeitraum übertragen und von dem für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden.

5. Kontrollpflichten

Gem. Art. 6 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses stellen die Mitgliedstaaten die Vermeidung von Überkompensation sicher und führen zumindest alle 3 Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums regelmäßige Kontrollen durch. Diese Kontrollpflicht dient der Vermeidung von Überkompensation und bestand als allgemeine Kontrollpflicht ("regelmäßig") bereits nach Art. 6 der alten Freistellungsentscheidung. Sie ist von der jeweiligen beihilfegewährenden Stelle umzusetzen. Neu ist nach dem neuen Freistellungsbeschluss neben der Konkretisierung der Zeitabstände für die Kontrollen jedoch, dass auch über die Umsetzung dieser Kontrollpflichten an die KOM berichtet werden muss. Die entsprechenden Informationen und Nachweise hierüber sind somit vorzuhalten.

6. Transparenz

Neu eingeführt wurde mit dem Freistellungsbeschluss auch die Transparenzpflicht gem. Art. 7: Danach müssen bei Ausgleichsleistungen von mehr als 15 Mio €, die einem Unternehmen gewährt werden, das außerhalb des Anwendungsbereichs der DAWI noch andere Tätigkeiten ausübt, zumindest die wesentlichen Merkmale des Betrauungsakts sowie der jährliche Beihilfebetrug durch den betreffenden Mitgliedstaat im Internet oder in sonstiger geeigneter Weise veröffentlicht werden.

Hierbei kommt es auf die Höhe der **einzelnen** Ausgleichsleistung für eine regelgemäß definierte DAWI an. Übersteigt eine einzelne Ausgleichsleistung die 15 Mio €-Grenze, so greift Art. 7. Übersteigen Ausgleichsleistungen für mehrere DAWI insgesamt die 15 Mio €-Grenze, ohne dass eine Einzelne diese übersteigt, so greift Art. 7 nicht. Die Abgrenzung muss jeweils im Einzelfall erfolgen; Grenze ist die rechtsmissbräuchliche Trennung eigentlich zusammengehörender Förderungen.

Adressat der Verpflichtung ist gemäß Freistellungsbeschluss der Mitgliedstaat. Umzusetzen ist die Veröffentlichungspflicht von der beihilfegewährenden Stelle, da nur diese über die entsprechenden Informationen verfügt.

7. Übergangsbestimmung

Art. 10 Freistellungsbeschluss³¹ bestimmt, dass Beihilferegelungen (nicht Einzelbeihilfen), die vor Inkrafttreten des Beschlusses wirksam wurden und nach der alten Freistellungsentscheidung von der Notifizierungspflicht befreit waren, für einen weiteren Zeitraum von zwei Jahren befreit sind. Da der Beschluss gem. Art. 12 am 31. Januar 2012 in Kraft getreten ist, gilt diese Übergangsbestimmung bis zum 31. Januar 2014. Was unter einer Beihilferegelung zu verstehen ist, definiert Art. 1d) der VO 659/99.

Bereits rechtmäßig aufgrund der alten Freistellungsentscheidung gewährte Einzelbeihilfen bleiben wirksam.

Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des Freistellungsbeschlusses wirksam wurden und nicht die Voraussetzungen der alten Freistellungsentscheidung erfüllen, sind von der Notifizierungspflicht befreit, wenn sie die Voraussetzungen des neuen Freistellungsbeschlusses erfüllen.

8. Abschließende Empfehlung

Grundlegende Voraussetzung, um von der Freistellung von der Notifizierungspflicht nach dem Freistellungsbeschluss profitieren zu können, ist die richtige und vollständige Ausgestaltung des Betrauungsakts. Hierauf ist deshalb besonderes Augenmerk zu legen.

Der neue Freistellungsbeschluss sieht in Art. 8 vor, dass die Mitgliedstaaten während des Betrauungszeitraums und für einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren ab Ende des Betrauungszeitraums alle Informationen verfügbar halten, die notwendig sind, um zu bestimmen, ob die gewährten Ausgleichsleistungen mit dem Freistellungsbeschluss vereinbar sind.³² Gem. Art. 6 Abs. 1 S. 2 und 3 des Beschlusses sind die Mitgliedstaaten zu regelmäßiger Kontrolle zur Vermeidung von Überkompensation verpflichtet³³ und legen auf Verlangen der Kommission entsprechende Nachweise vor.

Um diesen Anforderungen des Freistellungsbeschlusses zu genügen, sollte – entsprechend den Empfehlungen in den Auslegungs- und Anwendungshinweisen zur alten Freistellungsentscheidung – eine Art "Akte" geführt werden, die das beauftragte Unternehmen, den zugrundeliegenden Betrauungsakt sowie alle weiteren Dokumente, aus denen sich die Gemeinwohlverpflichtung, die Parameter zur Berechnung, Überwachung und ggfs. Änderung

³¹ vgl. auch EG 31 des Freistellungsbeschlusses.

³² Der neue Freistellungsbeschluss geht damit über die Anforderungen in Art. 7 der alten Freistellungsentscheidung hinaus. vgl. auch Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 (20055/842/EG) im Krankenhaussektor, S. 8.

³³ zumindest alle 3 Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums.

der Ausgleichszahlung an das jeweilige Krankenhaus/ die jeweilige Einrichtung der Langzeitpflege ergeben, enthält.

Wie bereits in der Auslegungs- und Anwendungshilfe zur vorherigen Freistellungsentscheidung erläutert³⁴, wären möglichst auf einem Vorblatt beauftragtes Unternehmen (Firma, Sitz, Geschäftsführer/Ansprechpartner) und die Rechtsgrundlage(n) der Betrauung sowie die nachfolgenden Dokumente zu nennen, aus denen sich die Gemeinwohlverpflichtung und Parameter zur Berechnung, Überwachung und ggf. Änderung der Ausgleichszahlung an den jeweiligen Dienstleistungserbringer ergeben. Anzufügen wären dann entsprechend je nach Fall alle Unterlagen, die zum Betrauungsakt gehören, sowie alle Kosten- und Erlösdaten für die geförderte DAWI in dieser Akte. Ein Rückgriff auf diese Daten und die entsprechende Kalkulation sollte auch im Hinblick auf die Kontrolle zur Vermeidung von Überkompensation jederzeit möglich sein. Das Ergebnis der Jahresabschlussprüfung sollte auf einem abschließenden Blatt der "Akte" festgehalten werden.

Die betrauende Stelle kann das Vorhalten der Dokumente bzw. die Aktenführung auch an das mit der DAWI betraute Unternehmen delegieren. Die Art und Weise der Erfüllung der Dokumentationspflicht bleibt dann dem jeweiligen Sozialdienstleistungserbringer überlassen. Es ist aufgrund der durch den neuen Freistellungsbeschluss erweiterten Kontroll- und Berichtspflichten mit engmaschigeren Kontrollen bzw. Abfragen zu rechnen. Deshalb sollte umso mehr darauf geachtet werden, die entsprechenden Unterlagen stets vollständig und verfügbar zu halten.

9. Konkurrenz zu anderen Vorschriften

Gegenstand dieser Auslegungs- und Anwendungshilfe ist der **Freistellungsbeschluss** als zentrales Dokument des neuen DAWI-Vorschriftenpakets für Ausgleichsleistungen im Bereich der Gesundheitsfürsorge. Möglich ist jedoch, dass auch im Bereich der Gesundheitsfürsorge andere Bestandteile des neuen DAWI-Pakets zu beachten sind.³⁵

So können geringe Ausgleichsleistungen unterhalb eines Schwellenwerts von 500.000 € in drei Steuerjahren bereits nach der **DAWI-De-Minimis-VO**³⁶ freigestellt sein. Unterhalb dieses Schwellenwerts sind Ausgleichsleistungen für DAWI von der beihilferechtlichen Kontrolle ausgenommen, weil sie als nicht wettbewerbsbeeinträchtigend angesehen werden. Die

³⁴ Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor, S. 8, letzter Absatz und Seite 9.

³⁵ unter Punkt I. Einleitung dieses Papiers sind alle Bestandteile des neuen Vorschriftenpakets aufgeführt. Die DAWI-Mitteilung [9404/2011] enthält hauptsächlich Begriffsdefinitionen und umklammert damit gewissermaßen das neue DAWI-Vorschriften-Paket.

³⁶ VO 360/2012.

Schwelle ist deutlich höher angesetzt als im Bereich der allgemeinen De-Minimis-VO³⁷, weil davon ausgegangen wird, dass die Ausgleichsleistung zumindest zum Teil die Mehrkosten für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen ausgleicht. Sind die Voraussetzungen der DAWI-De-Minimis-VO erfüllt, ist zwar auch ein Betrauungsakt erforderlich, aus dem hervorgeht, dass eine DAWI vorliegt und es muss auch im Zusammenhang mit der Gewährung der Ausgleichsleistung auf die DAWI-De-Minimis-VO verwiesen werden, allerdings sind deren Anforderungen insgesamt leichter als im Bereich des Freistellungsbeschlusses.

Umgekehrt können Ausgleichsleistungen im Bereich der Gesundheitsfürsorge notifizierungspflichtig werden und dann den Vorschriften des **DAWI-Rahmens**³⁸ unterfallen, wenn die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses nicht gegeben sind. Trotz grundsätzlich schwellenwertunabhängiger Freistellung kann dies der Fall sein, wenn beispielsweise der Betrauungszeitraum 10 Jahre übersteigt, ohne dass es einer längerfristig abzuschreibenden Investition bedarf, wenn ein Krankenhaus in großem Umfang andere Dienstleistungen als DAWI erbringt³⁹, oder wenn aus anderen Gründen nicht alle formellen Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses erfüllt sind. Dann regelt der Rahmen, unter welchen Voraussetzungen die Kommission diese Ausgleichsleistungen als genehmigungsfähig anerkennt und bindet die Kommission insoweit in der Ausübung ihres Ermessens. Neben materiellen Anforderungen in Form von Qualitäts- und Effizienzaspekten werden im DAWI-Rahmen auch formelle Kriterien wie z.B. Begründungspflichten, die Nachweispflicht zur Ermittlung des Bedarfs an einer DAWI und Transparenzregelungen aufgestellt.

Darüber hinaus bestehen neben den speziellen Regelungen für DAWI auch zahlreiche **andere Beihilfenvorschriften**, die gegebenenfalls einschlägig sein können, beispielsweise für Unternehmen in Schwierigkeiten, für Unterstützungsmaßnahmen im Bereich der Umweltpolitik, sowie für Maßnahmen im Bereich der Regionalpolitik oder im Bereich Forschung und Entwicklung, auf die in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden kann.

Abgrenzungsschwierigkeiten zum **Vergaberecht** bestehen in der Regel nicht. Denn wurde der Zuschlag zu einer bestimmten Daseinsvorsorgeleistung im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens erteilt, sind gleiche Wettbewerbsbedingungen gewährleistet. Eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne von Art. 107 AEUV ist dann nicht möglich. Zudem stellt die Vergütung der Leistung in diesen Fällen auch deshalb keine Beihilfe dar, weil es sich dann um eine marktgerechte Leistungsvergütung handelt. Denn eine Begünstigung i.S.v. Art. 107 AEUV ist nur gegeben, wenn die Zuwendung eines wirtschaftlichen Vorteils ganz oder teilweise

³⁷ vgl. VO 1998/2006: danach sind Maßnahmen bis 200.000 € innerhalb von drei Jahren freigestellt.

³⁸ 9406/2011

³⁹ beispielsweise, wenn ein Krankenhaus in erster Linie medizinisch nicht indizierte kosmetische Operationen anbietet.

unentgeltlich ist, d.h. wenn der Zuwendung keine marktgerechte Gegenleistung für erbrachte Dienstleistungen gegenübersteht.⁴⁰

V. Schlusswort

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass diese Auslegungs- und Anwendungshilfe nicht den Anspruch erhebt, verbindlich oder abschließend zu sein. Sie soll als Orientierung dienen, damit Dienstleistungsträger und –erbringer im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge den Freistellungsbeschluss als zentrales Dokument des neuen DAWI-Vorschriftenpakets möglichst rechtssicher in der Praxis umsetzen können.⁴¹

Die Auslegungs- und Anwendungshilfe kann eine eingehende Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

⁴⁰ vgl. auch Schwarze u.a., EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107, Rn. 25.

⁴¹ Weitere Erläuterungen finden sich auch in der jüngst veröffentlichten Neuauflage des „Leitfadens der Europäischen Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen“ vom 15.02.2013:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf

Die Vorgängerversion vom 07.12.2010 SEK(2010) 1545 ist auch in deutscher Übersetzung verfügbar.