

Forschungsergebnisnotiz:

Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf die Stellung gemeinnütziger Anbieter sozialer Dienstleistungen in Deutschland

Die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts auf gemeinnütziger Träger sozialer Dienstleistungen ist aufgrund der Tatsache umstritten, dass es sich dabei um Tätigkeiten an der Schnittstelle von Sozial- und Wirtschaftspolitik handelt. Anlass für eine vertiefende rechts-wissen-schaftliche Neubestimmungen dieses Verhältnisses ist die Diskussion um die Leistun-gen der Daseinsvorsorge auf europäischer Ebene. So hat die EU-Kommission in ihrer zweiten Mitteilung über „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“^[1] aufgrund der positiven Erfah-rungen bei der Liberalisierung u.a. in den Bereichen Energie, Telekommunikation und Verkehr die Ausweitung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln auf Sektoren mit bisher wett-bewerbsfremden Bedingungen in Aussicht gestellt^[2]. Den wirtschaftlichen Aspekt betonend erstreckt die Kommission ihren Deregulierungsanspruch dabei auch auf soziale Dienst-leistun-gen, sofern sie nicht rein karitativer Art sind^[3]. Besonderes Augenmerk widmet sie dabei der Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen^[4].

Ausgangspunkt ist dabei die Tatsache, dass gemeinnützige Träger sozialer Dienstleistungen in Deutschland gegenüber gewerblichen Trägern in verschiedener Weise durch den steuerrechtlichen Status der Gemeinnützigkeit gemäß §§ 51 ff. Abgabenordnung (AO) privilegiert sind. Mit diesem Status verbunden sind die Möglichkeit zum exklusiven Erhalt von Subventionen, die Befreiung von Ertrag-, Ver-kehr- und Substanzsteuern sowie steuerliche Anreize für Dritte, den Gemeinnützigen Geld-, Sach- und Zeitspenden zuzuwenden.

Diese mit der Stellung der gemeinnützigen Träger verbundenen Privilegien sind nur dann am Maßstab des Europäischen Wettbewerbsrechts zu messen, wenn die Tätigkeit gemeinnütziger Dienstleister dem Kompetenzbereich der EU unterfällt. Trotz

einiger Kompetenzerweiterungen zugunsten der EU im Bereich der Sozialpolitik durch den Amsterdamer Vertrag sind nach wie vor die Mitgliedstaaten vorrangig für diesen Bereich zuständig. Allerdings haben die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Ausgestaltungshoheit die grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Dazu gehören gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c) und g) ein liberalisierter Binnenmarkt und ein freier Wettbewerb. Mit der verstärkten Einführung von Wettbewerbsstrukturen im sozialen Leistungserbringungsrecht seit Mitte der neunziger Jahre ^[5] war und ist der nationale Gesetzgeber zugleich verpflichtet, diesen Regelungsbereich wettbewerbsneutral auszugestalten. Folglich unterliegt die Förderung gemeinnütziger Körperschaften den wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Gemeinschaftsrechts, wenn sie im Wettbewerb agieren, d.h. wenn sie als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Art. 81 ff. EGV auftreten. In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH den funktionalen Unternehmensbegriff geprägt, der jede wirtschaftliche Tätigkeit erfasst. Da es vor dem Hintergrund des Wettbewerbsschutzes auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Leistungsanbieters nicht ankommt, unterfallen diejenigen Tätigkeitsbereiche gemeinnütziger Träger dem Unternehmensbegriff, in denen Leistungen gegen Entgelt erbracht werden, wie sie auch von gewerblichen Anbietern erbracht werden könnten. Dementsprechend sind jedenfalls die wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe (§§ 14, 64 AO), die Zweckbetriebe (§ 65 AO) sowie die Vermögensverwaltung (§ 14 S. 3 AO) als Unternehmen anzusehen. Im ideellen Kernbereich werden zwar gemäß § 55 AO regelmäßig keine entgeltlichen Tätigkeiten ausgeübt, jedoch werden die hier unentgeltlich erbrachten Leistungen zum Teil in erheblichem Umfang vom Staat gefördert. Je stärker sich eine Subventionierung durch den Staat einer Vollfinanzierung annähert, um so interessanter könnte die Tätigkeit jedoch auch für gewerbliche Anbieter sein, denn dann kauft die öffentliche Hand quasi die Leistungen bei privaten Dritten ein. Solange nicht entsprechende Rahmenbedingungen auf europäischer Ebene verbindlich geregelt sind, hängt die Wirtschaftlichkeit einer ideellen Betätigung somit davon ab, ob die Leistung grundsätzlich auch von einem Privaten mit

Gewinnerzielungsabsicht angeboten werden könnte. Rein karitativ tätig ist daher mit (Rechts-)Sicherheit derzeit nur derjenige, der gibt ohne zu nehmen, das heißt, der seine Tätigkeit nur über Mitgliedsbeiträge und Spenden finanziert.

Unzulässig sind jedoch nur solche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen und den inner-gemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen. Die Wettbewerbssituation gemeinnütziger Dienst-leister wird gegenüber derjenigen kommunaler Einrichtungen, gewerblicher Träger und gemeinwohlorientierter Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten durch die Gemeinnützigkeits-privilegien erheblich gestärkt, so dass von einer wettbewerbsverfälschenden Wirkung auszuge-hen ist. Darüber hinaus ist ein grenzüberschreitende Konkurrenzsituation erforderlich. D.h. die europäische Beihilfekontrolle greift nur bei Unternehmen ein, deren Förderung potentielle Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligt. Dies kann gerade bei sozialen Dienstleistungen, bei denen es sich oftmals um personenbezogene Vertrauensleistungen handelt, die vorwiegend im lokalen und regionalen Raum nachgefragt werden, durchaus fraglich sein. Insbesondere in den Grenzregionen finden sich allerdings zunehmend Beispiele grenzüberschreiten-der Angebote bzw. Nachfragen sozialer Dienste. Dies spiegelt sich auch in der nationalen Rechtsprechung sowie in derjenigen des EuGH wider. Ob im Einzelfall eine grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung vorliegt, ist somit eine vornehmlich rechtstatsächliche, nicht rechtsdogmatische Frage, die anhand der Größe des Trägers, der Konkurrenzsituation zu Anbietern anderer Mitgliedsstaaten, der Grenznähe und der zunehmenden Europäischen Verflechtung zu prüfen ist. Wenn so auch aufgrund rechtstatsächlicher Gegebenheiten in vielen Bereichen diese grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrung bisher noch nicht gegeben sein mag, so bedarf jedoch die weitere Entwicklung besonderer Aufmerksamkeit, denn rechtsdogmatisch bleibt es dabei, dass die nationalrechtlich in Deutschland vorhandenen Privilegierungsinstrumentarien regelmäßig unzulässige Beihilfen sein werden.

Um gleichwohl rechtlich haltbar zu sein, bedürfen derartige nationalstaatliche Privilegierungen einer besonderen Rechtfertigung. Solche Rechtfertigungen können

sich aus Art. 87, Art. 89 oder Art. 86 EGV ergeben. Die in Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV enthaltenen Ausnahmetatbestände sind vorliegend entweder nicht einschlägig oder zumindest nicht geeignet, die generelle Privilegierung gemeinnütziger Träger sozialer Dienstleistungen zu rechtfertigen. Auch liegt derzeit noch keine Gruppenfreistellungsverordnung nach Art. 89 EGV vor. Allerdings wird seitens der EU-Kommission derzeit der Erlass von sogenannten Gemeinschaftsrechtsrahmen und Gruppenfreistellungsverordnungen u.a. für soziale Daseinsvorsorgeleistungen geprüft

[6]. Dieser Prozesse wird allerdings derzeit behindert durch Meinungsverschiedenheiten auf der Ebene der Europäischen Justiz. In der Rechtssache Ferring [7] hat der EuGH entschieden, dass Beihilfen, die für die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge gewährt werden und nicht über die daraus resultierenden Mehrkosten hinausgehen, gar keine Beihilfen i.S.d. Art. 87 EGV sind und daher auch nicht freigestellt werden müssten. Diese Rechtsprechung, der sogenannte Ausgleichsansatz, stimmt aber nicht mit der Konzeption der Beihilfenvorschriften überein, wonach staatlich gewährte wirtschaftliche Vorteile zunächst immer anmeldepflichtige Beihilfen sind, deren kompensierende Funktion erst im Rahmen der Ausnahmenvorschriften der Art. 86 Abs. 2 und 87 Abs. 2 EGV zu prüfen ist. Dementsprechend wurde die Ferring-Rechtsprechung in zwei noch anhängigen Verfahren von den jeweiligen Generalanwälten z.T. heftig kritisiert [8]. Anlässlich dieser beiden, für den Sommer 2003 erwarteten Urteile wird der EuGH Gelegenheit haben, seine Linie festzulegen.

Doch selbst wenn der EuGH an seiner Ferring Rechtsprechung festhalten sollte, änderte dies nichts an der Unzulässigkeit der Gemeinnützigkeitsprivilegien, denn derzeit fehlt es schon an konkreten Berechnungen - vor allem bei den Steuervergünstigungen - bezüglich der Höhe ihres wirtschaftlichen Wertes, so dass schon aus diesem Grund eine Gegenüberstellung im Rahmen des Ausgleichsansatzes derzeit nicht möglich wäre.

Als somit erforderliche Rechtsgrundlage für eine generelle Legitimation der Gemeinnützigkeitsprivilegien kommt derzeit nur Art. 86 Abs. 2 EGV in Frage. Dieser

Artikel ermöglicht es den Mitgliedstaaten, Ausnahmen vom Wettbewerbsrecht für Unternehmen vorzusehen, soweit diese für die Allgemeinheit notwendige Grundversorgungsleistungen erbringen, deren Bereitstellung nicht rentabel ist. Die Festlegung, was als Bestandteil der Grundversorgung zu gelten hat und von wem sie zu welchen Bedingungen zu erbringen ist, obliegt den Mitgliedstaaten, welche dabei gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV nur einer Missbrauchskontrolle seitens der Kommission unterliegen^[9]. Anders als im Post- und im Telekommunikationsgesetz sind im derzeitigen sozialen Leistungserbringungsrecht jedoch keine Dienstverpflichtungen einzelner Anbieter vorgesehen, als deren wirtschaftliches Äquivalent die Gemeinnützigkeitsprivilegien angesehen werden könnten. Anknüpfungspunkt für Gemeinwohleleistungen könnte jedoch die Besonderheit sozialer Dienstleistungen sein, dass über die einzeln abzurechnenden Leistungskomplexe hinaus oftmals ein Bedürfnis der Klienten nach persönlicher Ansprache besteht. Dieses Element, nämlich Zeit zu haben für das persönliche Gespräch und Nähe, droht verloren zu gehen, je stärker Zeit zum Abrechnungsfaktor auch im Bereich sozialer Dienste wird, wie bspw. im Rahmen der Verordnung zu den Pflegeleistungen nach §§ 14 f. SGB XI. Ein solcher Bedarf variiert jedoch hinsichtlich der verschiedenen sozialen Dienste und ist im Fürsorgewesen (Jugend- und Sozialhilfe) tendenziell stärker ausgeprägt als z.B. im Berufsbildungswesen. Auch wenn man so möglicherweise allgemein von einer entsprechend (abstrakten) Verpflichtung gemeinnütziger Dienstleister auf das Wohl der Allgemeinheit bzw. bestimmter Gruppen von Bedürftigen durch die §§ 51 ff. AO ausgehen könnte, so werden den gemeinnützigen Dienstleistern gleichwohl keine differenzierten, konkreten Mehrleistungen abverlangt, die sie im Vergleich zu ihren gewerblichen Konkurrenten zu erbringen hätten.

Zudem ist für eine Gemeinwohlverpflichtung die Betrauung durch einen Hoheitsakt erforderlich, in dem Zweck und Mittel der Dienstverpflichtung hinreichend konkretisiert werden. Auch an einer derartigen Konkretisierung fehlt es jedoch, da im Rahmen des steuerlichen Feststellungsverfahrens lediglich die Abgrenzung der Tätigkeit gemeinwohlorientierter Körperschaften gegenüber gewinnorientierten

wirtschaftlichen Betätigungen geprüft wird.

Genügt das gegenwärtige Gemeinnützigkeitsrecht schon in Ermangelung solcher konkreter, hoheitlich übertragener Gemeinwohlverpflichtungen nicht den Anforderungen des Art. 86 Abs. 2 EGV, so dürften solche noch zu regelnden Ausnahmen vom Wettbewerbsrecht nur in verhältnismäßigem Umfang erfolgen. Wie bereits im Rahmen der Ferring-Rechtsprechung angedeutet bedeutet das, dass besondere Privilegien nur in dem Umfang gewährt werden dürfen, die zum Ausgleich der durch die Gemeinwohlverpflichtung entstandenen Mehrkosten erforderlich sind. Durch diese Beschränkung soll eine Quersubventionierung anderer, im Wettbewerb stehender Unternehmensteile verhindert werden. Aber es fehlt insoweit nicht nur an einer Berechnung des wirtschaftlichen Wertes der Gemeinnützigkeitsprivilegien, sondern auch an jeglichen Festlegungen bezüglich Kalkulierung der Kosten der erforderlichen sozialen Mehrleistungen.

Schließlich sind die Mitgliedstaaten auch bei der Festlegung von Daseinsvorsorgeleistungen verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht zu beachten. Ein tragender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist das Diskriminierungsverbot, also das Verbot der Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, wie es in Art. 12 EGV geregelt und u.a. in der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV enthalten ist. Gemäß § 51 Satz 2 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 KStG kann den Gemeinnützigkeitsstatus jedoch nur eine Körperschaft erlangen, die entweder ihren Sitz oder ihre Geschäftsführung in Deutschland hat. Diese Regelung beschränkt jedoch typischerweise gemeinwohlorientierte Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten in ihrer Freiheit, in Deutschland mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder einer Tochtergesellschaft tätig zu werden (Art. 43 Abs. 1 S. 2 EGV), die somit nicht unter wirtschaftlich vergleichbaren Konditionen ihre sozialen Dienstleistungen grenzüberschreitend anbieten können. Selbst wenn der Ausschluss gewerblicher Träger aus Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könnte (Sodemare-Entscheidung des EuGH^[10]), so ist ein sachlicher Grund für die Ausgrenzung gemeinwohlorientierter Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht

erkennbar und die Regelung mithin als mittelbare Diskriminierung unverhältnismäßig. Insgesamt ergibt sich somit auf rechtsdogmatischer Ebene, dass die gegenwärtige besondere Stellung der gemeinnützigen Anbieter sozialer Dienstleistungen gemeinschaftsrechtlich nicht haltbar ist. Im Einzelfall hängt dies davon ab, ob eine grenzüberschreitende Wettbewerbsverfälschung gegeben ist, was jedoch keine rechtsdogmatische, sondern eine rechtstatsächliche Frage ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage nach den Handlungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers. Wenn der nationale Gesetzgeber an der Aufrechterhaltung der derzeitigen Privilegierung gemeinnütziger Träger sozialer Dienstleistungen interessiert ist, so ist sein Handeln gefordert. Erforderlich ist, dass es sich entweder auf gemeinschaftspolitischer Ebene für eine Gruppenfreistellungsverordnung einsetzt oder dass er die gegenwärtige Form der sozialen Leistungserbringung in ein schlüssiges Daseinsvorsorgekonzept im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV einbindet. Dafür wäre eine Änderung bzw. Ergänzung des Gemeinnützigkeitsrechts für Dienstleistungserbringer in den genannten Punkten erforderlich. Unterlässt er dies, setzt er die Förderung gemeinnütziger Träger der Gefahr aus, aufgrund von Beschwerden oder Klagen gewerblicher Konkurrenten auf Gleichbehandlung von den Organen der EU gekippt zu werden.

Um in diesem Zusammenhang ein bisweilen verbreitetes Vorurteil von vornherein auszuschließen, sei darauf hingewiesen, dass eine mögliche Veränderung (oder je nach Sichtweise: Gefährdung) der gegenwärtigen Rechtsstellung gemeinnütziger Anbieter sozialer Dienstleistungen nicht in erster Linie von der Europäischen Union ausgeht, sondern von den Mitgliedsstaaten selbst. Die EU-Organe kämen mit einer Kontrolle der Gemeinnützigkeitsprivilegien am Maßstab des europäischen Beihilfenrechts nur der ihnen zugewiesenen wettbewerbsschützenden Funktion nach. Die gegenwärtige Ausgestaltung gemeinnützig erbrachter, sozialer Dienstleistungen in einer strukturwettbewerbsähnlichen Regelung ging und geht jedoch nicht auf die Initiative der EU-Organe zurück, sondern ist vielmehr eine Entscheidung des nationalstaatlichen Gesetzgebers und somit eine Konsequenz aus der Einführung wettbewerblicher Strukturen im deutschen Leistungserbringungsrecht.

Ausführliche Darstellungen finden Sie in folgenden Publikationen:

- Boetticher, Arne v.: Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilferecht, Reihe Arbeits- und Sozialrecht, Band 76, NOMOS Verlag, Baden-Baden 2003
- Münder, Johannes/Boetticher, Arne v.: Gemeinnützigkeit und Gemeinschaftsrecht, BBJ-Consult Info I/2003, Eigenverlag der BBJ-Consult, Berlin 2003
- Münder, Johannes/Boetticher, Arne v.: Wettbewerbsverzerrungen im Kinder- und Jugendhilferecht im Lichte des Europäischen Wettbewerbsrechts, Schriftenreihe des VPK-Bundesverbandes e.V., Band I, Eigenverlag des VPK-Bundesverbandes e.V., Berlin 2003

Berlin

Juni 2003

Dr. Arne von Boetticher

Prof. Dr. Johannes Münder

[1] KOM(2000) 580 endg. vom 20.9.2000, ABl. EG 2001, C 17, S. 4.

[2] ebenda, Rn. 4 ff.

[3] ebenda, Rn. 29 f.

[4] ebenda Rn. 6.

[5] Z.B. in §§ 93 ff. BSHG, 78a ff. SGB VIII und dem Pflegeversicherungsrecht.

[6] KOM (2001) 598 Rn. 29, KOM(2002) 280 Rn. 17 f.

[7] EuGH 22.11.2001 Rs. C-53/00 (Ferring) Slg. 2001, I-9067.

[8] GA Jacobs 30.04.2002 Rs. C-126/01 (GEMO), GA Léger 19.03.2002 und 14.01.2003 Rs. C-280/00 (Altmark Trans GmbH), beide noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, einzusehen im Internet unter: <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang.de>

[9] Vgl. KOM(2000) 580 Rn. 22.

[10] EuGH 17.06.1997 Rs. C-70/95 (Sodemare) Slg. 1997, I-3395