

31.07.2025

Stellungnahme der BAGFW zur Überarbeitung der Vorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

1. Die Rolle der Freien Wohlfahrtspflege in der Erbringung von sozialen DAWI und der Subsidiaritätsgrundsatz

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) ist der Zusammenschluss der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland. In Deutschland beruhen die staatlichen Unterstützungsmaßnahmen im Bereich der sozialen Sicherung auf dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 GG, welches u.a. durch den Subsidiaritätsgrundsatz geprägt wird. Eigentlich staatliche Aufgaben werden in der Regel nicht von staatlichen Stellen erbracht, sondern durch privat-gewerbliche bzw. gemeinnützige Träger. Entsprechend werden DAWI auch in Deutschland seit jeher von Einrichtungen und Diensten der Freien Wohlfahrtspflege erbracht, die dafür über viele Jahrzehnte feste und vertrauensvolle Strukturen aufbauen konnten. Diese stellt eine wichtige Säule im deutschen Sozialstaat dar und trägt täglich mit ihren rund 125.000 Einrichtungen und 2 Millionen Beschäftigten maßgeblich zur sozialen Fürsorge in Deutschland bei.

Die Anbieter von Dienstleistungen auf dem Gebiet der sozialen Daseinsvorsorge üben gemeinnützige Tätigkeiten aus, d.h. im Sinne der DAWI „im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“. Die Freie Wohlfahrtspflege trägt dazu bei, dass eine gut funktionierende, allgemein zugängliche und qualitativ hochwertige soziale Infrastruktur vor Ort garantiert werden kann. Deswegen nimmt sie Aufgaben im allgemeinen Interesse wahr und ist zentraler Bestandteil des sozialstaatlichen Gefüges im Sozialsystem Deutschlands. Ihre Funktionsfähigkeit gewährleistet die Deckung der Bedarfe der Menschen u.a. auf den Gebieten der Kinder-, Jugend- und Altenhilfe, der Krankenpflege sowie der Sozialberatung und Unterstützung vulnerabler Menschen.

Die Strukturen der Freien Wohlfahrtspflege erlauben es, zielgerichtet soziale Dienstleistungen dort anzubieten, wo sie am dringendsten benötigt werden und ermöglichen somit ihren effizienten Einsatz, dies gerade auch in Bereichen, die keine Rendite erbringen, weil sie z.B. im ländlichen Raum mit weiten Wegen verbunden sind oder weil sie für eine Zielgruppe stehen, die besonders benachteiligt ist. Aufgrund der Gemeinnützigkeit der Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege wird zudem sichergestellt, dass die Erbringung der sozialen Dienstleistungen sowie ihre Qualität nicht Gewinn orientierten Faktoren untergeordnet werden. Darüber hinaus unterliegt der soziale Sektor einer besonderen staatlichen Reglementierung, welche die unternehmerische Freiheit begrenzt. Denn die Dienste der Daseinsvorsorge sind staatlich garantiert und müssen in einem gesetzlich vorgegebenen Rahmen erbracht werden.

Zwar gibt es auch unter Trägern der Freien Wohlfahrtspflege einen Wettbewerb im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen und sozialen Dienstleistungen. Allerdings ist das reale Geschehen am Sozialmarkt nicht mit den Marktsituationen anderer Sektoren

gleich zu setzen. Im Vordergrund steht immer die ausreichende und möglichst hochwertige flächendeckende Versorgung für unterstützungsbedürftige Personen, wofür in der Regel nicht ausreichende Angebote bestehen.

Das allgemein gültige Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV ist auch für den Bereich der Erbringungen von sozialen Dienstleistungen ausschlaggebend. Laut Protokoll 26 des AEUV über Dienste von allgemeinem Interesse ist ein gemeinsamer Wert der Union im Sinne des Artikel 14 des AEUV „die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“. ¹

Die Sozial- und Bildungsinfrastruktur in Deutschland ist stark auf die Erbringung von kulturellen, Bildungs- und Sozialdienstleistungen durch nicht-staatliche, vor allem kirchliche und freigemeinnützige Rechtsträger angewiesen. Dieser Umstand ist Folge einer bereits im 19. Jahrhundert ansetzenden Entwicklung, als zunächst Kirchen und ihre Wohlfahrtsverbände und später mehr und mehr auch Private, Arbeitnehmerzusammenschlüsse und freigemeinnützige Organisationen die soziale und Bildungsinfrastruktur in Deutschland aufbauten und die Versorgung der Menschen mit sozialen und Bildungsdienstleistungen sicherstellten. Der deutsche Staat traf dann unter der Geltung des Grundgesetzes die Entscheidung, sich zur Erfüllung der eigentlich ihm nach dem Grundgesetz obliegenden Verpflichtungen im Bereich der Bildung und des Sozialen auf nicht-staatliche, vor allem freigemeinnützige Leistungserbringer zu stützen.

In der Mitteilung über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen wurde dies konkret so interpretiert, dass DAWI „bedarfsgerecht und möglichst nah am Bürger bzw. Unternehmen erbracht werden“ müssen und die EU „bei ihrer Tätigkeit die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit beachten“ muss.² Die praktische Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich der sozialen Dienstleistungen muss sich also an diesem Subsidiaritätsgrundsatz messen lassen.

2. Tatsächliche Verhinderung der Erbringung von sozialen Dienstleistungen durch das EU-Beihilferecht

Das europäische Beihilferecht führt derzeit in der Praxis der Erbringung von Sozial- und Bildungsdienstleistungen zu großen Rechtsunsicherheiten und Anwendungsproblemen. Diese bringen zunehmend die Bereitstellung dieser Dienste in ausreichender, nachhaltiger und qualitativ hochwertiger, für die Menschen in allen Regionen Deutschlands zugänglicher Form in Gefahr. Die effektive, transparente und unbürokratische Erbringung sozialer Dienstleistungen ist auch von einem guten wettbewerbspolitischen Rahmen in der Form des EU-Beihilfenrechts abhängig. So muss nicht nur die rechtmäßige Anwendung der Vorschriften durch alle Akteure erfolgen, sondern es müssen auch vereinfachende und praxistaugliche Anpassungen der

¹ Protokoll (Nr. 26) zum AEUV über Dienste von allgemeinem Interesse, Amtsblatt Nr. 115 vom 09/05/2008 S. 0308, siehe [EUR-Lex - 12008E/PRO/26 - DE](#).

² Mitteilung der Kommission zu „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“, KOM(2007) 725, S. 11, siehe [Microsoft Word - DE 725.doc](#).

relevanten Vorschriften vorgenommen werden. Hierzu gehört auch der DAWI-Freistellungsbeschluss (2012/21/EU).

Die EU-Kommission wollte mit der Verabschiedung des Almunia-Pakets (zu dem der DAWI-Freistellungsbeschluss gehört) erklärtermaßen Vereinfachung und größere Rechtssicherheit schaffen. Allerdings hatte die BAGFW bereits 2011 in ihrer [Stellungnahme](#) zum Reformpaket bedauert, dass dieses Ziel mit der Verabschiedung des DAWI-Freistellungsbeschlusses nicht erreicht werden konnte. Stattdessen beklagte die BAGFW, dass „die Vorschriften zum Teil schwieriger und komplizierter geworden [sind]. Einzelne Bestimmungen erscheinen in der Praxis nicht oder nur schwer umsetzbar. Verstärkte Berichtspflichten tragen zu einem erheblich größeren bürokratischen Aufwand bei.“

Fast 15 Jahre später ist genau das passiert: Die Komplexität des DAWI-Freistellungsbeschlusses, insbesondere die starren Regeln bezüglich Betrauungsakt (Art. 4), Anforderungen an die Ermittlung der Höhe der Ausgleichsleistung (Art. 5 und Art. 6), sowie das Zitationserfordernis (Art. 4 lit. f), hat dazu geführt, dass dieser im Bereich der sozialen Dienstleistungserbringung viel zu wenig angewandt wird. Stattdessen wird in Förderrichtlinien in den weit überwiegenden Fällen in Deutschland die Anwendung der viel weniger bürokratischen Allgemeinen De-minimis-Verordnung (und / oder der AGVO) festgeschrieben.³ Durch diese zuwendungsrechtlichen Festschreibungen ist es in der Praxis nur schwer möglich, den DAWI-Freistellungsbeschluss im Bereich der sozialen DAWI (nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) anzuwenden. Zugleich werden die (bürokratiearmen) Fördermöglichkeiten aufgrund der niedrigen De-minimis-Schwellenwerte massiv eingeschränkt.

Eine Analyse der auf der DAWI-Website der Kommission veröffentlichten Berichte der Bundesregierung an die Kommission belegt die weiterhin von Bundesland zu Bundesland in Deutschland sehr unterschiedliche Auslegung der Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich der sozialen Dienstleistungen.⁴ Wohingegen in den Berichten einiger Bundesländer immer wieder auch auf die Erbringung von sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c des DAWI-Freistellungsbeschlusses hingewiesen wird, kommt die gesamte Kategorie in anderen Bundesländern überhaupt nicht vor. Gleichzeitig zeigen die DAWI-Berichte überproportionale Förderungen für z.B. den Tourismus oder Sport und Kultur. Das beihilfenrechtliche Stichprobenverfahren der EU-Kommission zur Einstufung von Wirtschaftsförderung als DAWI (2016-2019) hatte einen starken „chilling effect“ auf die Rechtssicherheit der Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses. Insbesondere warnen führende Anwaltskanzleien in Deutschland z.B. in Vorträgen vor einer Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses, was der wesentliche Hintergrund dafür ist, dass dieser gerade im Bereich der sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c sehr selten zur Anwendung kommt.

Dies führt dazu, dass leider die meisten Hinweise der BAGFW-Stellungnahme aus 2011 weiterhin gelten, allerdings nun zugespitzt mit fast 15 Jahren leidvoller Erfahrung, wie schwierig die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich der Erbringung sozialer Dienstleistungen tatsächlich ist. Die – von der Europäischen Kommission

³ Leider wird auch die DAWI-De-minimis-Verordnung sehr selten angewandt.

⁴ Berichte der Bundesregierung an die Kommission, verfügbar auf der Website der EU-Kommission, siehe [SGEI - European Commission](#).

erwartete –Entbürokratisierung ist nicht eingetreten. Der geltende Rechtsrahmen führt dazu, dass die Fördermöglichkeiten auf Basis des DAWI-Freistellungsbeschlusses gar nicht erst in Anspruch genommen werden.

2.1. Hohe Rechtsunsicherheit in der Abgrenzung von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten

Um das Vorliegen einer Beihilfe tatbestandlich ausschließen zu können („no aid“-approach), war es gängige Praxis, dass im Bereich der sozialen Dienstleistungen oft auf die Nichtwirtschaftlichkeit einer Tätigkeit abgespielt wurde. Stattdessen wurde die grundsätzliche Annahme, dass viele soziale DAWI wirtschaftlich sind, durch die Übernahme der Kriterien des *Altmark Trans* -Urteils -einer Entscheidung aus dem Transportsektor! – zuerst subtil in der Freistellungsentscheidung 2004 und dann explizit in Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Freistellungsbeschlusses 2012 festgeschrieben. Im Kommissions-Weißbuch von 2004 wurde unter 2.3 noch bestätigt, dass “es in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden [ist], Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren.“ Leider hat aber die Praxiserfahrung der Wechselwirkung zwischen Beihilfenrecht und der Erbringung von sozialen Dienstleistungen in den letzten 20 Jahren dazu geführt, dass dieser Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten immer mehr eingeschränkt wurde. Für Mitgliedsstaaten ist es deswegen fast unmöglich geworden, DAWI auskömmlich zu finanzieren, da zum einen die Abgrenzung einer nicht-wirtschaftlichen von einer wirtschaftlichen Tätigkeit und zum anderen die Definition als (soziale) DAWI in der Praxis tiefgreifende und einzelfallspezifische Prüfungen und Darlegungslasten erfordern und damit eine fast unüberwindbare bürokratische Hürde darstellt.

So führt die Frage der Abgrenzung zwischen einer wirtschaftlichen / nicht wirtschaftlichen Tätigkeit im Bereich der sozialen Dienstleistungen weiterhin zu großer Rechtsunsicherheit und Anwendungsschwierigkeiten. Auch das 2022 veröffentlichte Abschluss-Dokument der Evaluation des DAWI-Freistellungsbeschlusses weist daraufhin, dass die Definition einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“ im Bereich sozialer Dienstleistungen nicht immer eindeutig ist.⁵ Obwohl die Kommission anerkannt hat, dass die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit negative Konsequenzen hat, hat die Kommission bis jetzt noch nichts veranlasst, um die Rechtssicherheit in der Unterscheidung von nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten im Bereich der sozialen Dienstleistungen zu erhöhen.

Das Grundproblem besteht darin, dass das Beihilfenrecht auf eine Überprüfung des Einzelfalls ausgelegt ist und die Kommission deswegen keine Kriterien- oder Beispielskataloge für nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten veröffentlichen möchte.⁶ Gleichzeitig gibt es nach wie vor keine verallgemeinerungsfähige Entscheidungspraxis der Kommission oder der nationalen oder Unionsgerichte, welche als Prüfungsgrundlage herangezogen werden könnte. In der Praxis führt diese Einzelfallbezogenheit zu hoher

⁵ vgl. Commission Staff Working Document: Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation, SWD(2022) 388 final, S. 35: [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#)

⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 11. Januar 2012, 2012/C 8/02, („DAWI-Mitteilung“), RZ 14.

Rechtsunsicherheit. Dies führt dazu, dass sich die Bewilligung eines Antrages oftmals stark verzögert (oder die Zuerkennung der Förderung gar ganz verhindert wird), weil vor Bewilligung zuerst eine aufwendige einzelfallbezogene beihilferechtliche Prüfung durchgeführt werden muss.

Durch die bloße Bezugnahme auf das Vorliegen von „Angebot und Nachfrage“ für eine Dienstleistung und damit sehr weite Auslegung des Begriffs der „wirtschaftlichen Tätigkeiten“ könnten fast alle von der Freien Wohlfahrtspflege ausgeübten sozialen Dienstleistungen als „wirtschaftliche Tätigkeit“ angesehen werden. Dies widerspricht der gesellschaftlichen Wahrnehmung dieser sozialen Dienstleistungen.

Selbst dort, wo die Kommission einen nicht-wirtschaftlichen Charakter bejaht hat, legen die Mitgliedstaaten (vermutlich zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten) strengere Anforderungen zu Grunde: So galt es beispielsweise durch eine Kommissionsentscheidung als gesetzt, dass der „Betrieb von Einrichtungen, in denen Obdachlose sich aufwärmen beziehungsweise übernachten können, sowie die Unterstützung von Migranten“ eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.⁷ Trotzdem nehmen aktuelle Förderrichtlinien im Bereich der Wohnungslosenhilfe⁸ und im Bereich der Migrationsdienste⁹ die Wirtschaftlichkeit dieser Bereiche an.

Die Erbringung sozialer Dienstleistungen, die unmittelbar den gesellschaftlichen Zusammenhalt sicherstellen, sollten deswegen in Zukunft rechtsicher als nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen eingestuft werden. Falls die Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, sollte insbesondere die Sozial-, Kinder-, Jugend-, Familien-, Alten- und Behindertenhilfe, die verpflichtend von den Mitgliedstaaten gewährt werden und deren Rahmenbedingungen durch Gesetz, Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtliche Leistungsvereinbarung festgesetzt bzw. geregelt werden, die überwiegend öffentlich finanziert werden und deren Kostenbeteiligung, soweit vorgesehen, sozialen Gesichtspunkten Rechnung trägt, im Sinne einer „General-Notifizierung“ oder hilfsweise in einer „Generalbetrauung“ nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss nicht mehr unter die Anwendung des Beihilfenrechts fallen.

2.2. Überanwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung im Bereich der Erbringung von sozialen Dienstleistungen

In der Praxis wird auf Seiten der Zuwendungsgeber häufig von einer Beihilfe ausgegangen, selbst wenn die Voraussetzungen gemäß Art. 107 AEUV gar nicht vorliegen. Stattdessen wird sofort z.B. die Abgabe von einer De-minimis-Erklärung verlangt oder auf AGVO-Freistellungen abgezielt. Im Bereich der sozialen Dienstleistungen wird besonders oft die Allgemeine De-minimis-Verordnung zur Erreichung der Beihilfenkonformität festgeschrieben. Nach Abgabe einer De-minimis-Erklärung führt diese Praxis dann dazu, dass auch solche Zuwendungen zu den De-

⁷ Vgl. Beschluss der EU-Kommission C(2017) 7686 final.

⁸ Vgl. Ergebnis der beihilfenrechtlichen Prüfung: „Es handelt sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, S. 3 des Aufrufs des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAGS) vom 23.06.2025 zur Einreichung von Anträgen auf Projektförderung zur Bekämpfung von Wohnungslosigkeit im Rahmen der Landesinitiative "Endlich ein ZUHAUSE!", siehe [Aufruf Kümmerer](#).

⁹ Vgl. Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen im Rahmen des Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds 2021-2027, § 29 Beihilferechtliche Relevanz der AMIF-Förderung, siehe [AMIF 2021-2027 Förderrichtlinie.docx](#)

minimis-Schwellenwerten von gezählt werden, die mit großer Wahrscheinlichkeit keine Beihilfe darstellen oder zumindest über den DAWI-Freistellungsbeschluss als „soziale DAWI“ nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) freigestellt werden könnten und deshalb keiner De-minimis-Freistellung bedürften. Auch in der BAGFW-Stellungnahme zur Evaluation der DAWI-Instrumente¹⁰ wurde bereits darauf hingewiesen, dass auf Seiten der Zuwendungsgeber häufig von einer Beihilfe ausgegangen wird, selbst wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen. Dies verringert die Nutzbarkeit der De-minimis-Verordnungen für tatsächlich beihilfenrelevante Zuwendungen.

So kam es wiederholt zu Fällen, in denen Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege die Erbringung einer staatlich geförderten DAWI nicht anbieten können, weil sie „formell“ den Schwellenwert überschritten haben, die De-minimis-Erklärung nicht abgeben können und damit auch die Zuwendung nicht mehr erhalten können. Gerade weil die Kommission mit Erlass des DAWI-Freistellungsbeschluss den Anspruch hatte, „Kleines im Kleinen und Großes im Großen“ zu regeln und Beihilfeentscheidungen zu 90 Prozent oder mehr auf die nationale Ebene zu verlagern, ist es politisch schädlich, wenn der Eindruck entsteht, jede noch so kleine oder lokale Förderung im Bereich der sozialen Dienstleistungserbringung benötige eine Ausnahme vom EU-Beihilfenrecht.

Gleichzeitig gibt es auch falsche Annahmen auf Zuwendungsgeberseite, die zu einer Überanwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung führt. So wurde dem Antragsteller eines Projektantrags nach Ablauf des Antragsverfahrens mitgeteilt, dass Freistellungen über den DAWI-Freistellungsbeschluss erst nach Ausschöpfung der De-minimis-Schwellenwerte möglich seien. Obwohl der Antragsteller diese falsche Annahme beanstandete, hatte diese Argumentation gegenüber dem Zuwendungsgeber zuerst keinen Erfolg und es wurde weiterhin auf die Abgabe einer De-minimis-Erklärung bestanden. Erst nachdem die EU-Kommission aufgrund einer parlamentarischen Anfrage klarstellte,¹¹ dass kein Vorrang der De-minimis-Verordnung vor den DAWI-Instrumenten besteht und die Anwendung dessen im sozialen Bereich zielführender sein könnte, wurde von Seiten des Zuwendungsgeber eingelenkt und der Antrag letztlich doch über den DAWI-Freistellungsbeschluss genehmigt. Dieses Beispiel zeigt zum einen, wie schwierig die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschluss im Bereich der sozialen DAWI ist und wie sehr klare schriftliche Aussagen der Kommission dabei helfen würden, diesen Zustand zu verbessern. Insbesondere würde es helfen, wenn von der Kommission eine Handreichung zur Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses auf soziale Dienstleistungen herausgegeben würde, die solche falsche Annahmen wie die einer Vorrangigkeit der Allgemeinen De-minimis-Verordnung, richtigstellen könnte.

2.3. Ziel des Bürokratieabbaus wurde verfehlt

Die Verabschiedung des Almunia-Pakets 2012 hatte das erklärte Ziel, die überbordende Bürokratie des Monti-Pakets aus 2005 im Bereich der sozialen Dienstleistungserbringung zu verringern.¹² Bereits in der Evaluation des Monti-Pakets wurde festgestellt, dass die Vorschriften falsch und/oder unzureichend angewandt wurden und dass der

¹⁰ [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#).

¹¹ [Parlamentarische Anfrage | Answer for question E-002412/24 | E-002412/2024\(ASW\) | Europäisches Parlament](#).

¹² vgl. Commission Staff Working Document: Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation, SWD(2022) 388 final, S. 14: [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#)

Verwaltungsaufwand für kleine DAWI-Erbringer und im Bereich der sozialen Dienstleistungen zu hoch war. Deswegen war das erklärte Ziel des Almunia-Pakets unter anderem, die Vorschriften für soziale DAWI zu erleichtern.¹³ Während im Monti-Paket ausschließlich die Bereiche des sozialen Wohnungsbaus und die Krankenhäuser von der Notifizierungspflicht ausgenommen wurde, wurde im Almunia-Paket das erste Mal in Form des Art. 2 Abs. 1 lit. c) die Kategorie der „sozialen DAWI“ eingeführt, um soziale Bedürfnisse in den „Bereichen Gesundheit und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, Zugang zum Arbeitsmarkt und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, sozialer Wohnungsbau sowie Betreuung und soziale Eingliederung schutzbedürftiger Gruppen“ zu erfüllen.

Leider hat die Einführung des Art. 2 Abs 1 lit. c) für soziale Dienstleistungen nicht zu der gewünschten Vereinfachung geführt, da die Idee, die Erbringung jeder einzelnen sozialen Dienstleistung betrauen zu lassen und die anderen Bedingungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses (Überkompensation, Trennungsrechnung, angemessener Gewinn) zu erfüllen, allein vom Prozess her bereits eine bürokratische Handlung ist. Dies ist insbesondere in einem Kontext der sehr unterschiedlichen Wohlfahrtsstaatssysteme in Europa problematisch, in dem die Erbringung sozialer Dienstleistungen auf die unterschiedlichste Art und Weise finanziert wird. Hier ist auch der DAWI-Bericht der Bundesregierung an die Kommission bezeichnend, in dem darauf hingewiesen wird, dass die Anwendungen der Regelungen des Almunia-Pakets nicht zu mehr Rechtssicherheit, sondern „zu einem Zuwachs an Bürokratie“ geführt hat.¹⁴

Auch die BAGFW hat in der DAWI-Evaluation bereits dargestellt, dass die Regelung zu den sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c nur durch eine aufwendige Anpassung an die Förderpraxis umgesetzt werden kann.¹⁵ Die praktische Umsetzung erforderte in der Praxis oftmals kostspielige und langwierige anwaltliche Beratung, um die Betrauungsakte zu erstellen, eine Aufstockung des Personals, um Compliance zu garantieren und lässt die Frage offen, wann ein Betrauungsakt z.B. eine Mehrwertsteuerpflicht begründet. V.a. letztgenannter Punkt trägt mangels näherer Vorgaben für die Ausgestaltung eines Betrauungsakts bzgl. der zu beschreibenden Tätigkeit zu fortbestehender Unklarheit bei. Oft geht die Gestaltung von Betrauungsakten über das erforderliche Maß hinaus. Dies gilt besonders für Merkmale wie die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen und Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation.

Laut Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten für mit DAWI betraute Unternehmen die Vorschriften der Verträge, insbesondere der Wettbewerbsregeln, nur dann, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Laut Art. 106 Abs. 3 AEUV muss die Kommission deswegen auf die Anwendung dieses Artikels achten und kann ggf. „geeignete Richtlinien oder Beschlüsse“ an die Mitgliedsstaaten richten. Dies ist durch den DAWI-Freistellungsbeschluss geschehen.

In der DAWI-Evaluation behauptete die Kommission, dass alleine die Einführung von Art. 2 Abs. 1 lit. c im DAWI-Freistellungsbeschluss schon zu einer „signifikanten

¹³ Commission Staff Working Document: Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation, SWD(2022) 388 final, vgl. Schaubild auf S. 15: [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#)

¹⁴ DAWI-Bericht an die EU-Kommission, S. 23.

¹⁵ [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#).

Vereinfachung“ für die Erbringer von sozialen Dienstleistungen geführt habe. Allerdings wurde von der Kommission nicht überprüft, ob die Einführung dieses Artikels tatsächlich zu einer Reduzierung der bürokratischen Erfordernisse für die Erreichung der Beihilfenkonformität von sozialen Dienstleistungen geführt hat, oder ob die Erfüllung der Erbringung sozialer DAWI durch überbordende bürokratische Erfordernisse verhindert wurde. Stattdessen wurde in der Evaluation von der Kommission davon ausgegangen, dass, falls der Artikel nicht eingeführt worden wäre, jegliche noch so kleine Beihilfe im Bereich der sozialen Dienstleistungen notifiziert hätte werden müssen.

Dies ist allerdings eine Fehlannahme, da in der Praxis soziale Dienstleistungserbringer die Zuwendungsgeber nicht dazu anhalten können, eine Maßnahme zu notifizieren. Stattdessen werden sie durch die Förderrichtlinie (die in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Anwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung vorschreibt) dazu gezwungen, die Förderung als De-minimis-Beihilfe zu erhalten, obwohl der Beihilfentatbestand und die Möglichkeit einer Betrauung mit einer DAWI überhaupt nicht geprüft wurden.

Es ist nicht hinnehmbar, dass die Frage, die Art. 106 Abs. 2 AEUV aufwirft, nämlich ob die Wettbewerbsregeln (und somit insbesondere das Beihilfenrecht) der Erfüllung sozialer Aufgaben entgegenstehen, bis jetzt weder in der Evaluation des Monti-Pakets noch in der Evaluation des Almunia-Pakets aufgegriffen wurde. Das Unterlassen einer Priorisierung der praktischen beihilfenrechtlichen Fragen im Bereich der sozialen Dienstleistungen wiegt umso schwerer, wenn man bedenkt, dass ein Hauptziel des Almunia-Pakets die Vereinfachung der Beihilferegeln gerade im Bereich der sozialen DAWI war.

3. Die Besonderheit sozialer DAWI

3.1. Soziale DAWI als eigenständige Kategorie nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Freistellungsbeschlusses

In einer Initiativ-Stellungnahme zur Evaluierung des DAWI-Pakets hat der EWSA im Jahr 2022 nachdrücklich die Entscheidung der Kommission unterstützt, dass die Sozial- und Gesundheitsdienste bei der Bewertung des sektorspezifischen Rechtsrahmens¹⁶ innerhalb der weiter gefassten Kategorie der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) als eine eigene Unterkategorie mit spezifischen Merkmalen zu erachten ist.¹⁷ Auch die Aufgliederung der DAWI-Berichte in die Unterkategorien des Art. 2 Abs. 1 lit. c) unterstützt die Tatsache, dass soziale DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) von den allgemeinen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) unterschieden werden müssen. Es gibt also grundsätzliche Unterschiede in der Bestimmung einer sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) und der Bestimmung einer „sonstigen“ DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. a).

¹⁶ARES-2019-3858696.

¹⁷ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981, Rz 1.2, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).

In ErwGr 11 des DAWI-Freistellungsbeschlusses wurde explizit darauf hingewiesen, dass soziale DAWI Besonderheiten aufweisen, die berücksichtigt werden müssen. Um von Art. 2 Abs. 1 lit. c) erfasst zu werden, „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“. Die besondere Kategorie der sozialen DAWI besteht also darin, dass der soziale Bedarf gedeckt werden muss.

In der DAWI-Evaluation hat auch die Kommission die besondere Kategorie von sozialen DAWI anerkannt und darauf hingewiesen, dass soziale DAWI „ihrer Natur nach“ größtenteils von der SGEI-Entscheidung erfasst sind.¹⁸ Leider hat sich diese Auffassung in der Praxis jedoch nicht durchgesetzt. Stattdessen herrscht weiterhin große Rechtsunsicherheit über eine praxistaugliche Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich der sozialen DAWI, was dann einer der Gründe dafür ist, dass es zu den oben genannten Problemen wie z.B. der Überanwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung führt. Um die Praxistauglichkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu erhöhen, muss die Rechtssicherheit in der Bestimmung von sozialen DAWI erhöht werden. Um dies zu erreichen, müssen die bürokratischen Erfordernisse für die rechtssichere Bestimmung einer sozialen DAWI auf ein Minimum reduziert werden.

Um den DAWI-Freistellungsbeschluss für den Bereich der sozialen Dienstleistungen praxistauglich zu machen, ist es deswegen dringend erforderlich, dass die Kommission spezielle Leitlinien zu der besonderen Kategorie der sozialen DAWI herausgibt.¹⁹ Diese Leitlinien sollten u.a. auch den Hinweis enthalten, dass die Anwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung als Freistellungsinstrument für die Erbringung von sozialen Dienstleistungen eine Fehlanwendung des Beihilfenrechts ist, die vermieden werden sollte oder dass jedenfalls eine vorrangige Prüfung der Anwendungsmöglichkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu erfolgen hat.

3.2. Anwendbarkeit der Definition einer „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ im DAWI-Freistellungsbeschluss

In Art. 2 (1) (h) der DAWI-De-minimis-Verordnung wurde eine "Einrichtung ohne Erwerbszweck" als Einrichtung definiert, die „unabhängig von ihrer Rechtsform (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) und der Art ihrer Finanzierung, in erster Linie der Erfüllung sozialer Aufgaben dient, etwaige Gewinne reinvestiert und überwiegend nichtgewerbliche Tätigkeiten ausübt“. Da „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ grundsätzlich soziale Dienstleistungen erbringen (und nicht nur dann, wenn die DAWI-De-minimis-Verordnung auf eine staatliche Förderung Anwendung findet), sollte diese

¹⁸ vgl. Commission Staff Working Document: Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest ("SGEIs") and of the SGEI de minimis Regulation, SWD(2022) 388 final, S. 28: [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#).

¹⁹ Eine Überarbeitung des DAWI-Freistellungsbeschlusses muss notwendigerweise auch eine Überarbeitung der DAWI-Mitteilung und des DAWI-Leitfadens mit sich ziehen. Deswegen könnten die Klarstellungen zu sozialen DAWI auch in die Überarbeitung integriert werden. Eine andere Möglichkeit wäre zumindest die Erarbeitung eines „analytical grid“ für soziale DAWI, wie es sie für andere Bereiche bereits gibt (siehe [hier](#)). Dort könnte die Kommission aufzeigen, wie aus ihrer Sicht Fördermaßnahmen im Bereich der sozialen DAWI geprüft werden sollten.

Definition grundsätzlich Geltung beanspruchen – auch im Rahmen des DAWI-Freistellungsbeschlusses.

Die Klarstellung in der DAWI-De-minimis-Verordnung verfolgt den Zweck, eine rechtssichere und umfassende Förderfähigkeit der sozialen Infrastruktur in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Ebenso zielt auch der DAWI-Freistellungsbeschluss darauf ab, die Erbringer von DAWI weitestgehend den auf sie zugeschnittenen Regelungen zu unterwerfen. Ein Gleichlauf beider Klarstellungen ist daher an dieser Stelle angezeigt.

Dass die Definition einer „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ nicht nur für die DAWI-De-minimis-Verordnung, sondern für das gesamte Beihilferecht gelten sollte, wird dadurch untermauert, dass seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in *Cassa die Risparmio di Firenze* auch der europäische Gesetzgeber bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie²⁰ herausgenommen hat, wobei diese „gemeinnützigen Organisationen und Einrichtungen“ ihren Definitionsmerkmalen nach den „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ so gut wie entsprechen.²¹ In dem Urteil *Falck Rettungsdienste* werden erstmals Organisationen benannt „deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und die etwaige Gewinne reinvestieren, um das Ziel der Organisation oder Vereinigung zu erreichen“.²² Der europäische Gesetzgeber führt dabei den speziellen Charakter²³ dieser Organisationen bzw. Einrichtungen als Grund dafür an, dass sie nicht wie andere Unternehmen zu behandeln sind. Wenn dieser spezielle Charakter aber besondere Regelungen in unterschiedlichen Rechtsgebieten rechtfertigt, ist nicht nachvollziehbar, warum er in demselben Rechtsgebiet (dem Beihilfenrecht) nur in einzelnen Rechtsinstrumenten berücksichtigt werden sollte und nicht allgemein gelten kann.

Die Notwendigkeit, die besondere Kategorie von „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ konsequent gerade auch für den DAWI-Freistellungsbeschluss anzuwenden, ergibt sich auch aus dem Evaluationsdokument der Kommissionsdienststellen (2022), wo darauf hingewiesen wurde, dass das Beihilfenrecht den gemeinnützigen Bereich als goldenen Mittelweg zwischen auf Profit orientierte Privatwirtschaft und der öffentlichen Hand anerkennen sollte.²⁴ Da „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ nach der gültigen Definition in der DAWI-De-minimis-Verordnung keine Gewinnausschüttungen an Aktionäre vornehmen dürfen, wäre es nur konsequent, die Anwendung des DAWI-

²⁰ Artikel 10 lit. h, Erwägungsgrund 28 der Richtlinie (EU) 2024/42.

²¹ Der Europäische Gerichtshof definiert „gemeinnützigen Organisationen und Einrichtungen“ in seinem Urteil *Falck Rettungsdienste* als Organisationen, „deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und die etwaige Gewinne reinvestieren, um das Ziel der Organisation oder Vereinigung zu erreichen“ (Rs. C-465/17, Urteil vom 21. März 2019, Rz. 59), während eine „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ nach der Definition der Europäischen Kommission in Artikel 2 Absatz 1 lit. h DAWI-De-Minimis-Verordnung „in erster Linie der Erfüllung sozialer Aufgaben dient, etwaige Gewinne reinvestiert und überwiegend nichtgewerbliche Tätigkeiten ausübt“. Im Englischen wird diese Entsprechung durch die Begriffe „*non-profit entity*“ in der DAWI-De-Minimis-Verordnung und „*non-profit organisations or associations*“ in der EU-Vergaberichtlinie noch deutlicher.

²² Europäischer Gerichtshof, Rs. C-465/17 (*Falck Rettungsdienste*), Urteil vom 21. März 2019, Rz. 59.

²³ Artikel 10 lit. h, Erwägungsgrund 28 der Richtlinie (EU) 2024/42.

²⁴ vgl. Commission Staff Working Document: Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation, SWD(2022) 388 final, S. 35: [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#)

Freistellungsbeschlusses für Einrichtungen ohne Erwerbszweck radikal zu vereinfachen.²⁵ Dies wurde auch vom Wirtschafts- und Sozialausschuss gefordert.²⁶

3.3. Prüfung von Marktversagen im Bereich der sozialen DAWI

Die BAGFW hat bereits in ihrer Rückmeldung zur DAWI-Evaluation angeregt, dass der Begriff des Marktversagens im Bereich der sozialen DAWI als Kriterium hinterfragt werden sollte, da eine solche Prüfung häufig über die Kapazitäten sowohl der Zuwendungsgeber als auch der DAWI-Anbieter hinausgeht.²⁷ Zudem setzt es ein aufwendiges Verfahren voraus, um die eigene Marktposition einzuschätzen. Dies steht im Widerspruch zur beabsichtigten Vereinfachung und Klarheit der Bestimmungen.

Die Frage, wie im Bereich der sozialen DAWI Marktversagen geprüft werden sollte, führt zu großer Rechtsunsicherheit und zu unterschiedlichen Auslegungen in den Mitgliedsstaaten. In Deutschland wird seitens der Zuwendungsgeber prominent vertreten, dass die Bestimmung einer sozialen DAWI ein im Einzelfall zu prüfendes „Marktversagen“ voraussetze. In anderen Worten sei es erforderlich, im ersten Schritt eine DAWI zu bestimmen (inklusive des Erfordernisses eines Marktversagens). Die Unterscheidung zwischen einer „sonstigen“ DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) und einer sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) sei ausschließlich zur Bestimmung der Förderhöhe (15 Millionen oder unbegrenzt) relevant. Diese Auffassung, dass für die Bestimmung einer sozialen DAWI in jedem Einzelfall ökonomisch definiertes Marktversagen nachzuweisen ist, ist ein sehr kompliziertes und bürokratisches Erfordernis, das die Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses auf soziale DAWI in der Praxis fast unmöglich macht. Besonders problematisch ist dieser Zustand, weil Art. 2 Abs. 1 lit. c) gerade eingeführt wurde, um die Erbringung sozialer DAWI zu erleichtern. Anlass dafür war vor allem, dass das vierte Altmark-Trans-Kriterium in der Praxis kaum erfüllbar war.

Das Kriterium des im Einzelfall zu prüfenden Marktversagen konnte sich wohl durch eine zu enge Auslegung der dem Almunia-Paket beigefügten DAWI-Mitteilung etablieren. Darin erklärte die Kommission, „dass es nicht zweckmäßig wäre, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen an eine Dienstleistung zu knüpfen, die von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen zu normalen Marktbedingungen, die sich z. B. im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zu der Dienstleistung mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, zufriedenstellend erbracht wird oder erbracht werden kann“.²⁸ Auch in der DAWI-Evaluation wurde mit Bezug auf das Marktversagen auf diesen entsprechenden Passus

²⁵ vgl. Commission Staff Working Document: Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation, SWD(2022) 388 final, S. 51: [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#)

²⁶ Footnote 98, paragraph 4.7, 4.9 and 4.11. 161 For example: Social Economy Europe, White Paper – Social Economy... Taking back the initiative, Proposals to make the social economy into a pillar of the European Union (2015), available at: <https://www.socialeconomy.eu.org/wp-content/uploads/2020/02/White-Paper-SEE.pdf>, page 20.

²⁷ [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\)](#).

²⁸ Siehe Rz. 48 der [DAWI-Mitteilung](#) der Kommission vom 11. Januar 2012 über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, 2012/C 8/02.

in der DAWI-Mitteilung verwiesen.²⁹ Es ist irreführend, dass die Kommission hier nur äußert, dass „nicht jede Dienstleistung im Zusammenhang mit Gesundheits- oder Sozialdienstleistungen“ eine DAWI sein kann, ohne aber weiteführende Hinweise zu geben, wie eine praxistaugliche Marktversagensprüfung im Bereich der sozialen DAWI aussehen könnte. Deswegen sollte die Kommission klarstellen, dass im Bereich der sozialen DAWI kein Nachweis von im Einzelfall ökonomisch zu belegenden Marktversagen erforderlich ist, sondern 1) das Vorliegen eines sozialen Bedarfs und 2) Subsumtion unter die abschließende Liste in Art. 2 Abs. 1 lit. c) ausreicht, um eine genuine soziale DAWI zu bestimmen. Eine solche Klarstellung würde die Rechtssicherheit der Erbringung von sozialen DAWI stärken, unnötige Prüfungslasten reduzieren und somit den praktischen Hindernissen in der Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich der sozialen DAWI effektiv begegnen.

Die Begründung für diesen Vorschlag ist, dass es im Bereich der sozialen DAWI zu betonen gibt, dass sich der Passus der DAWI-Mitteilung zum Marktversagen auf die grundsätzliche Bestimmung von DAWI und nicht auf die Frage nach der korrekten Definition von sozialen DAWI als eigenständiger Kategorie bezieht. Für die Bestimmung einer sozialen DAWI muss im ersten Schritt der Wortlaut des Artikels 2 Abs. 1 lit. c) bedacht werden und nicht die DAWI-Mitteilung. Im Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. c) wird der abschließend definierten Liste von sozialen DAWI der Passung „Deckung des sozialen Bedarfs“ vorausgestellt. Da soziale DAWI somit abschließend definiert sind, sind die Mitgliedstaaten dementsprechend nicht befugt, diese Definition zu ändern.³⁰

Zudem würde es Sinn und Zweck der Einführung des Art. 2 Abs. 1 lit. c) widersprechen, wenn die Bestimmung von sozialen DAWI so bürokratisch und kompliziert wäre, dass die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich der sozialen DAWI tatsächlich verhindert wird. Vor dieser Gefahr der tatsächlichen Verhinderung der Erbringung von sozialen DAWI wird bereits in Art. 106 Abs. 2, der Rechtsgrundlage für den Erlass des DAWI-Freistellungsbeschlusses, gewarnt. Statt einer komplizierten und aufwendigen Marktversagensprüfung im Einzelfall sollte deswegen im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 lit. c) das Vorliegen eines Marktversagens immer dann bereits angenommen werden, wenn der jeweilige Mitgliedsstaat die Deckung des sozialen Bedarfs in den abschließend definierten Sektoren sicherstellen möchte. Dies ist auch gängige Praxis in den DAWI-Berichten an die Kommission, wo im Bereich der sozialen DAWI nicht über Marktversagen berichtet wird. Stattdessen ist hier das Kriterium der Deckung des sozialen Bedarfs ausschlaggebend.

In einer Entscheidung über Catering-Services in einer tschechischen Schule lässt die Kommission das Vorliegen eines sozialen Bedarfs und die Subsumtion einer Dienstleistung unter die abschließende Liste in Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Freistellungsbeschlusses ausreichen, um eine soziale DAWI zu bestimmen.³¹ Ein Marktversagen, zumal ein in jedem konkreten Einzelfall vorliegendes Marktversagen, prüft die Europäische Kommission bei der Qualifikation von sozialen Dienstleistungen als DAWI also nicht.

²⁹ Commission Staff Working Document, Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation. SWD(2022) 389 final, S. 39.

³⁰ vgl. Rz. 93 des DAWI-Leitfadens, verfügbar hier: fa5e107c-ad5c-4ae8-a8ae-b0037c993b23.de.

³¹ vgl. Entscheidung der Kommission SA.38651 (2017/NN) – Provision of catering services in schools in the Czech Republic, Rz. 111.

3.4. Klimaanpassungsmaßnahmen und Digitalisierung als notwendige Grundvoraussetzungen, um soziale DAWI erbringen zu können

Die Akteure der Freien Wohlfahrtspflege können als gemeinnützige Einrichtungen und Dienste mangels auskömmlicher sozialgesetzlicher Entgelte kaum finanzielle Rücklagen (z.B. für Krisenzeiten wie die Corona- oder Energiekrise) bilden. In allen Bereichen, wo die Refinanzierung durch staatliche Mittel nicht ausreicht, müssen ihre gesamten Eigenmittel, inklusive der selbst beschafften Mittel wie Mitgliedsbeiträge und Spendengelder, aufgewandt werden, wenn sie ihrem Auftrag an eine möglichst gute Versorgung der Menschen annähernd gerecht werden wollen. Zudem sind sie dem Prinzip der zeitnahen Verwendung der Mittel für den sozialen Zweck unterworfen, sodass es ausgeschlossen ist, mittel- oder gar langfristig für größere Investitionen in die ökologische und digitale Transformation oder für Krisen vorzusorgen.³² Das bedeutet, dass die fehlende Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses im Bereich Klimaanpassungsmaßnahmen und Digitalisierungsvorhaben für soziale Dienstleistungen die Erbringung dieser Dienstleistungen verhindert.

Leider besteht große Rechtsunsicherheit, wie die Erbringung einer sozialen DAWI mit nötigen Klimaanpassungsmaßnahmen und Digitalisierungsvorhaben verknüpft werden kann. Wohingegen die Themen „Klimaschutz“, „Energie“ und „Digitales“ in den DAWI-Berichten der Bundesregierung oft als „sonstige DAWI“ nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) definiert werden,³³ gibt es noch keine Praxisbeispiele in den DAWI-Berichten wo z.B. Klimaanpassung in sozialen Einrichtungen direkt mit der Kategorie der sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) verknüpft wurde.

Für die Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses darf es keinen Unterschied machen, ob die entsprechenden Fördermittel an eine soziale Einrichtung für klimaschützende Maßnahmen an Gebäuden bzw. im Fuhrpark zu verwenden sind und nicht bspw. für Pflegeroboter oder VR-Brillen für an Demenz erkrankte Menschen. Auch die mittelbar auf die Pflege bezogenen Baumaßnahmen am Gebäude der sozialen Einrichtung und die klimaschützend mit Elektrofahrzeugen mobilen Pflegekräfte sind Teil der DAWI. Denn auch diese Maßnahmen sind auf die Erbringung einer DAWI gerichtet.³⁴ Die mit einer DAWI verbundenen Mehrkosten sollen durch den höheren Freibetrag der DAWI-De minimis-Verordnung ausgeglichen werden, wobei sich diese Mehrkosten gerade nicht reduzieren, wenn es um die klimaschützende Modernisierung von Gebäude bzw. Fuhrpark geht. Das Sozialunternehmen ist hier als Ganzes zu sehen und durch eine

³² § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO.

³³ Bericht der Bundesregierung an die Kommission 2016-2017, S. 9, „Sicherstellung der Energieversorgung durch erneuerbare Energiequellen, Durchführung von Beratungen und Erbringung von Serviceleistungen zur Erreichung, eines Optimums an Energieeinsparung und dem Einsatz erneuerbaren Energien im Bereich Bauen und Sanierung und der Reduzierung von Treibhausgasen“; Bericht der Bundesregierung an die Kommission 2018-2019; „Energie-Beratungen für Mieter (Basis-Checks), für Wohneigentümer (Gebäude-Checks, Heiz-Checks, Solar-Checks) und Detail-Checks für Spezialthemengebiete“; im gleichen Wortlaut auch im Bericht der Bundesregierung an die Kommission 2020-2021, S. 24; Bericht der Bundesregierung an die Kommission 2022-2023, S. 40-41, „Klimaschutz (u.a. Bereitstellung von Informationen, Entwicklung von Bildungsangeboten, Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit)“, verfügbar auf der Website der EU-Kommission, siehe [SGEI - European Commission](#).

³⁴ So auch die bayerische Landesregierung, die 2018 eine DAWI-Unternehmensförderung für energieeffiziente Baumaßnahmen von Pflegeeinrichtungen vorsah, die als DAWI auch die übrigen Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses erfüllen ([Baumaßnahmen Bayern](#), S. 4).

Betrachtung mit einer DAWI, z.B. im Bereich der Langzeitpflege, als DAWI-Unternehmen zu werten.³⁵

Gelegentlich wurde argumentiert, dass es nicht möglich ist, eine Klimaanpassungsmaßnahme betrauen zu lassen, da keine „Grundbetrachtung“ der sozialen Dienstleistung vorliege. Obwohl die Bedingungen für eine soziale DAWI vielleicht sogar vorlägen oder die entsprechende soziale Dienstleistung sogar beihilfenfrei eingeschätzt würde scheint die Wurzel des Problems hier an der 1) Rechtsunsicherheit bezüglich Vorliegen einer Beihilfe / Vorliegen einer sozialen DAWI, 2) zeitlichen Verschiebung zur entsprechenden Förderrichtlinie zu Klimaanpassungsmaßnahmen zu liegen, wodurch die entsprechende Verknüpfung nicht mehr gelingt. Die EU und die Mitgliedstaaten müssen im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dafür Sorge tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung sozialer Dienstleistungen so gestaltet sind, dass diese Aufgaben erfüllt werden können (Art. 106 Abs. 2 AEUV). Die Rechtsunsicherheit, die bezüglich der Verknüpfung von sozialen DAWI mit Klimaanpassungsmaßnahmen besteht, ist somit ein konkretes Hindernis, das die Erfüllung sozialer Dienstleistungen hemmt.

Deswegen sollte die Kommission klarstellen, dass Investitionen in den Klimaschutz, zur Erreichung von Energieeffizienz oder in Digitalisierungsvorhaben, die unmittelbar mit der Erbringung der sozialen DAWI in Zusammenhang stehen, über die Kategorie der sozialen DAWI nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) freigestellt werden können. Dann wäre es in Zukunft möglich, die Verknüpfung zwischen Erbringung einer sozialen DAWI und der entsprechenden Klimaanpassungsmaßnahme oder dem entsprechenden Digitalvorhaben direkt in der Förderrichtlinie herzustellen. Eine solche Klarstellung könnte z.B. als erklärende Ergänzung zu Art. Artikel 5 Abs. 3 lit. d) des DAWI-Freistellungsbeschlusses, wonach „Kosten in Verbindung mit Investitionen, insbesondere Infrastrukturkosten“ beim Ausgleich für die Erbringung von DAWI berücksichtigt werden können. Hierauf weist die Kommission auch in ihrem DAWI-Leitfaden hin.³⁶ Zusätzlich hat die Kommission dies auch für Energieeffizienzmaßnahmen an Gebäuden, in denen DAWI erbracht werden, angenommen, wie sich aus ihrem Guiding Template zum Einsatz von Geldern aus der Recovery and Resilience Facility für Energieeffizienz in Gebäuden ergibt.³⁷

4. Radikale Vereinfachung der Voraussetzungen

Die Voraussetzungen, um den DAWI-Freistellungsbeschluss anwenden zu können, sind aufgrund von bestehenden Rechtsunsicherheiten und Komplexität administrativ sehr schwierig umzusetzen. Der DAWI-Freistellungsbeschlusses muss deswegen radikal vereinfacht werden, damit die Erbringung sozialer Dienstleistungen im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV sichergestellt werden kann und nicht aufgrund der Anwendung des Beihilfenrechts verhindert wird.

³⁵ Als Ausnahme von DAWI müssen allerdings solche Tätigkeiten angesehen werden, die wie nicht medizinisch indizierte Schönheitsoperationen in einem Krankenhaus erbracht werden.

³⁶ [DAWI-Leitfaden](#), Rz. 9.

³⁷ [Energieeffizienz in Gebäuden](#), Rz. 56.

4.1. Fehlen des Zitationserfordernisses sollte nicht die Unwirksamkeit des Betrauungsaktes bewirken

Die BAGFW hat bereits in ihrer Stellungnahme zum neu erlassenen DAWI-Freistellungsbeschluss darauf hingewiesen, dass das Fehlen des Zitationserfordernisses nicht die Unwirksamkeit des Betrauungsaktes nach sich ziehen sollte.³⁸ Es wäre unverhältnismäßig, eine derartige Rechtsfolge an diesen formellen Verstoß zu knüpfen. Der Verweis verstärkte den bürokratischen Aufwand ohne erkennbaren Mehrwert. 13 Jahre später ist leider genau das eingetreten: Das Fehlen des formalen Erfordernisses eines Verweises auf den DAWI-Freistellungsbeschluss führt in der Praxis regelmäßig dazu, dass die Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses gerade im Bereich der sozialen Dienstleistungen verhindert wird.

In Deutschland wird ein Großteil der sozialen Dienstleistungen im sogenannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht. Dies bedeutet, dass der Staat als Versicherer auftritt, der von den Bürger:innen Beiträge erhebt, um bestimmte soziale Risiken abzusichern, namentlich in der gesetzlichen Krankenversicherung, Unfallversicherung, Rentenversicherung, Pflegeversicherung und Arbeitslosenversicherung. Durch diese Versicherungen wird der Zugang der Bürger:innen zu sozialen Dienstleistungen garantiert, der Staat tritt aber nicht selbst als Leistungserbringer auf. Stattdessen schließt er mit Leistungserbringern öffentlich-rechtliche Versorgungsverträge-und/oder Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen ab. Diese Verträge regeln insbesondere den Leistungsinhalt, die Vergütung sowie die Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitskontrolle und bilden die Grundlage dafür, die Leistung zu vergüten, wenn das Angebot von den leistungsberechtigten Bürger:innen in Anspruch genommen wird. Die leistungsberechtigten Bürger:innen entscheiden auf Grundlage privatrechtlicher Verträge selbst, bei welchem Leistungserbringer sie ihren Rechtsanspruch einlösen. Die öffentliche Versicherung bezahlt dann für den jeweiligen Versicherten das Entgelt für die Leistung an den Leistungserbringer. Da so das Wunsch- und Wahlrecht bei den Nutzern verbleibt, wird auch das Subsidiaritätsprinzip gestärkt, denn dieses setzt ein plurales Leistungsangebot voraus, bei dem alle geeigneten Leistungserbringer zugelassen sind. In der Interessensvertretung zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU wurde angesichts dieser in Deutschland geltenden Versorgungsstruktur erreicht, dass bei einem Zulassungssystem wie im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis das Vergaberecht nicht gilt.³⁹

In der Reform des DAWI-Freistellungsbeschlusses ist es unerlässlich, dass nicht nur das Vergaberecht, sondern auch das Beihilfenrecht das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis anerkennt. Es besteht weiterhin eine große Unsicherheit bezüglich der Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis und – sofern diese Notwendigkeit als gegeben angesehen wird – der Frage wie die Erfordernisse des DAWI-Freistellungsbeschlusses in dieser Konstellation erfüllt werden können.

Aus unserer Sicht sollte klargestellt werden, dass es sich bei Leistungsvergütungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht um Beihilfen handelt. Denn der Staat erbringt

³⁸ [Einschätzungen und Positionen der BAGFW zur Anwendung der EU-Beihilfevorschriften.](#)

³⁹ Vgl. u.a. ErwGr 114 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, sowie die Stellungnahme der BAGFW vom 24. Juni 2024, [Positionspapier der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege \(BAGFW\) zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/23/EU vom 26.](#)

seine Zuwendung hier im Grundsatz nicht aus staatlichen Mitteln, sondern aus den Beiträgen der Versicherten. Wie bei einer privaten Versicherung erfüllt er aufgrund des Versicherungsverhältnisses eine Verbindlichkeit des Versicherten. Es ist widersinnig, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit im gegenseitigen Vertragsverhältnis allein durch die Rechtsform des Versicherers zu einer Beihilfe mutieren soll. Zahlt der Staat Verbindlichkeiten aus Kauf- oder Dienstverträgen, aus denen er direkt verpflichtet ist, handelt es sich bei dem Kaufpreis oder dem Lohn ja auch nicht um eine Beihilfe.

Hinzu kommt, dass diese Leistungen keine marktverfälschende Wirkung haben können. Leistungserbringer im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis müssen bestimmte Anforderungen erfüllen, die in den Sozialgesetzen enthalten sind. Wenn Leistungserbringer die Anforderungen erfüllen, haben sie de facto einen Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages oder einer Leistungsvereinbarung. Die Leistungsentgelte kann also ausnahmslos jeder Marktteilnehmer erhalten, solange er die fachlichen und qualitativen Anforderungen an die Leistungserbringung erfüllt. Eine diesbezügliche Klarstellung der Kommission würde hier Rechtssicherheit schaffen.

Der Abschluss eines sozialversicherungsrechtlichen Versorgungsvertrags ist ein Akt der Zulassung ist, da die leistungsberechtigten Bürgerinnen und Bürger zur Realisierung ihrer Leistungsansprüche zwischen den zugelassenen Leistungserbringern wählen. Ein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers entsteht erst mit der Ausübung ihres Wunsch- und Wahlrechtes und der Inanspruchnahme durch einen konkreten Leistungsberechtigten. Dieser richtet sich zunächst gegen den Leistungsberechtigten, der der Vertragspartner des Leistungserbringers ist. Erst auf der Grundlage seiner im Einzelfall erklärten Kostenübernahmeerklärung verpflichtet sich der Leistungsträger zur Entrichtung der Vergütung.⁴⁰

Der Wegfall des Zitationserfordernisses würde somit dabei helfen, dass soziale Dienstleistungen, die im Dreiecksverhältnis erbracht werden, zur Erreichung der Beihilfenkonformität unkompliziert über den DAWI-Freistellungsbeschluss freigestellt werden könnten. Ein Verzicht auf das Zitationserfordernis erscheint auch deswegen als angemessen zu sein, da ein solches nach der aktuellen Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) auch nicht besteht. Nach der AGVO aus dem Jahr 2008 bedurfte es noch eines entsprechenden Verweises. Mit der AGVO-Reform im Jahr 2014 ist dieses Erfordernis entfallen.

4.2. Vereinfachung des Betrauungsakts für „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“

Ein sehr großes praktisches Problem in der Anwendbarkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses auf soziale DAWI ist die Rechtsunsicherheit und Komplexität in der Erstellung von Betrauungsakten. In ihrer Rückmeldung auf die DAWI-Evaluation hat die BAGFW bereits 2019 darauf hingewiesen, dass bei der Frage, wie detailliert und aufwendig Betrauungsakte i.S.d. DAWI-Freistellungsbeschlusses gestaltet werden sollen, auf Seiten der Behörden - häufig Unklarheit bzw. Unsicherheit herrschen.⁴¹ Diese Faktoren gelten als maßgebliche Ursachen dafür, dass weiterhin überwiegend die Anwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung und/oder der AGVO für den Bereich der sozialen Dienstleistungen in die Förderrichtlinien festgeschrieben wird,

⁴⁰ Vgl. Stellungnahme der BAGFW vom 24. Juni 2024, [Positionspapier der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege \(BAGFW\) zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/23/EU vom 26. 5. 1-2.](#)

⁴¹ [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\).](#)

obwohl sich grundsätzlich die Heranziehung des DAWI-Freistellungsbeschlusses anbieten würde. Die Vereinfachung der Anforderungen an den Betrauungsakt könnte diese Hemmschwelle nehmen und damit EU-weit die einheitliche Anwendung des verfügbaren Rechtsrahmens ermöglichen.

Deswegen fordert die BAGFW die Einführung eines radikal vereinfachten Betrauungsakt für die Erbringung von sozialen DAWI von „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“. Dieser sollte anhand einer Kriterienliste aufgrund struktureller Gründe für eine ex-ante Klärung sorgen und somit Rechtssicherheit schaffen.

Um Sonderregelungen für die „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ in den DAWI-Freistellungsbeschluss aufzunehmen, müsste in einem ersten Schritt die Definition „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ aus Art. 2 Abs. 1 lit. h) der DAWI-De-minimis-Verordnung in den DAWI-Freistellungsbeschluss übernommen werden.⁴² Im nächsten Schritt sollte über eine Art strukturelle Betrauung der für die soziale Infrastruktur unabdingbaren Akteure nachgedacht werden. Im deutschen Kontext bietet sich hierfür folgende Überlegungen an: Die Grundlage für den Betrauungsakt sollte in der gesetzlichen Beauftragung der Träger der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland gesehen werden, welche durch das Subsidiaritätsprinzip gehalten sind, den Staat bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen umfassend zu entlasten.⁴³ Konkrete gesetzliche Ausformungen hat das Subsidiaritätsprinzip beispielsweise in den Vorschriften der § 75 Abs. 2 SGB XII oder § 124 Abs. 1 SGB IX erfahren. Hierbei werden den Trägern der Freien Wohlfahrtspflege staatliche Aufgaben übertragen und die Erbringung dieser Aufgaben in den Sozialgesetzbüchern umfassend dargelegt und spezifiziert. Im Rahmen der dreijährlichen Überprüfung der Gemeinnützigkeit des Finanzamts (Prüfung der tatsächlichen Geschäftsführung und der Satzungsmäßigkeit) sollte der daraus resultierende Beschluss bzw. Feststellung der Gemeinnützigkeit als Betrauungsakt aufgrund grundlegender Eigenschaften des Unternehmens gelten.

Dies wäre eine unbürokratische Lösung für eine möglichst flächendeckende Betrauung von „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“, die in Deutschland für die Erbringung der sozialen Infrastruktur sorgen. Im Bericht der Bundesregierung an die Kommission 2009-2011 (und somit vor Inkrafttreten des DAWI-Freistellungsbeschlusses!) wurde klargestellt, dass soziale DAWI in Deutschland „häufig von gemeinnützigen Einrichtungen erbracht [werden]“. ⁴⁴ Es ist tragisch, dass u.a. die Komplexität der Erfordernisse für einen rechtssicheren Betrauungsakt dazu führen, dass diese Einschätzung der Bundesregierung fast 15 Jahre später zwar in der Realität weiterhin genauso gilt, aber die Beihilfenrechtskonformität trotzdem immer seltener über den DAWI-Freistellungsbeschluss hergestellt werden kann.

Wenn eine radikale Vereinfachung des Betrauungsakts für „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ noch nicht konsensfähig ist, wäre es hilfsweise zumindest sehr hilfreich, wenn die EU-Kommission gute Praxisbeispiele für Betrauungsakte veröffentlichen würde.

⁴² Demnach ist eine „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ eine Einrichtung, unabhängig von ihrer Rechtsform (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) und der Art ihrer Finanzierung, die in erster Linie der Erfüllung sozialer Aufgaben dient, etwaige Gewinne reinvestiert und überwiegend nichtgewerbliche Tätigkeiten ausübt.

⁴³ Eine Pflicht zur Förderung und Unterstützung der freien Träger ist bereits in den SGBs normiert siehe z.B. § 17 Abs. 1 SGB II, § 5 Abs. 3 SGB XII

⁴⁴ Bericht der Bundesregierung an die Kommission 2009-2011, S. 4-5, verfügbar auf der Website der EU-Kommission, siehe [SGEI - European Commission](#).

In seiner Initiativ-Stellungnahme hat auch der EWSA 2022 betont, dass „die nationalen Behörden technische und operative Schwierigkeiten bei der Entwicklung weitreichender einschlägiger Erfahrungen im Bereich der Ausarbeitung von Betrauungsakten haben“.⁴⁵ Deswegen wurde vom EWSA gefordert, dass die Kommission ein Portal einrichten sollte, „auf dem konkrete Beispiele für von der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission als rechtmäßig und angemessen ausgearbeitet erachtete Betrauungsakte für die verschiedenen Arten von Sozial- und Gesundheitsdiensten bereitgestellt werden“.⁴⁶ Neben einer Bereitstellung von Betrauungsakten als gute Praxisbeispiele könnten zusätzlich auch anonymisierte Zuwendungsbescheide als Muster verwendet werden. Grundsätzlich sollten Zuwendungsgebern praktische Hinweise, Checklisten und Tools zur Verfügung gestellt werden, in denen die Voraussetzungen der jeweils erforderlichen Betrauungsakte explizit aufgeführt wären und als Textbausteine verwendet werden könnten. Gute Praxisbeispiele für rechtssichere Betrauungsakte sollten öffentlich (oder zumindest auf einer Plattform, die sowohl Zuwendungsgebern auf allen Föderalismusebenen und Zuwendungsempfängern gleichermaßen zugänglich ist) zur Verfügung gestellt werden.

4.3. Wegfall der Trennungsrechnung und Berechnung eines angemessenen Gewinns für „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“

Das Erfordernis einer Trennungsrechnung ergibt sich aus dem DAWI-Freistellungsbeschluss, wurde aber auch in die Definition einer „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ in Art. 2 Abs. 1 lit. h) der DAWI-De-minimis-Verordnung übernommen.

Im Rahmen der gezielten Konsultation der DAWI-Evaluation hatten einige Mitgliedstaaten darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung für Einrichtungen, die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, schwer umzusetzen ist. Deswegen wurden klarstellende Leitlinien gefordert, beispielsweise für Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Zugang zum Arbeitsmarkt und der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt.⁴⁷ Leider hat die Kommission bisher nicht auf diese Forderungen reagiert.

Das Problem der Trennungsrechnung tritt auch in Strukturen der Freien Wohlfahrtspflege insbesondere aufgrund der schwierigen Unterscheidung von nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten auf. Insbesondere bei ehrenamtlich geführten kleinen

⁴⁵ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfevorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981,Rz. 4.4, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).

⁴⁶ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfevorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981,Rz. 4.5, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).

⁴⁷ Commission Staff Working Document, Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation. SWD(2022) 389 final, S. 36.

Rechtsträgern ist dieses Erfordernis mit einem sehr hohen administrativen und bürokratischen Aufwand verbunden, der die Träger überfordert.

Deswegen fordert die BAGFW eine Abschaffung des Erfordernisses einer Trennungsrechnung für Einrichtungen ohne Erwerbszweck. Der DAWI-Freistellungsbeschluss ermöglicht grundsätzlich, dass mit DAWI betraute Einrichtungen einen „angemessenen Gewinn“ erwirtschaften. Gewinn ist der Betrag, um den die Einnahmen die durch den gemeinwirtschaftlichen Zweck entstehenden Kosten übersteigen. Diesen angemessenen Gewinn muss das Unternehmen nicht für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung verwenden, sondern kann ihn frei nutzen. Daraus folgt zwingend, dass im Rahmen der Verwendung eines angemessenen Gewinns aus einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit auch die Quersubventionierung eines nicht förderfähigen wirtschaftlichen Zwecks zulässig ist.

In der BAGFW-Rückmeldung auf die DAWI-Evaluation 2019 wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Berechnung des angemessenen Gewinns für Träger der Freien Wohlfahrtspflege schwer umzusetzen ist.⁴⁸ Der Ermessensspielraum bringt Unklarheiten mit sich. Nicht immer sind die Daten, die für die Renditeberechnung benötigt werden, vorhanden (z.B. Umgang mit Gemeinkosten). Auch die Berechnung des möglichen Risikozuschlags ist unklar. Man müsste klären, was hilfsweise herangezogen werden kann. Auch Wettbewerbsbedingungen und Abzinsfaktoren tragen dazu bei, dass in der Praxis Berechnungen und Nachweise unterschiedlich sind. Grundsätzlich richten sich die Maßgaben für Gewinnerzielung nach dem Gemeinnützigkeitsrecht. Dies setzt andere Prämissen voraus. Das Gemeinnützigkeitsrecht ist hier eindeutig und ist jedem Sozialunternehmen bekannt. Schließlich könnte auch auf die Regelungen der MwSt-Systemrichtlinie zurückgegriffen werden („Einrichtungen ohne systematische Gewinnerzielung“), die europäisch auszulegen und eingeübt sind. Die Auslegung und Anwendung kalkulatorischer Größenordnungen in Art. 5 ist zu aufwendig.

Da bereits die Definition einer „Einrichtung ohne Erwerbszweck“ aus Art. 2 Abs. 1 lit. h) der DAWI-De-minimis-Verordnung voraussetzt, dass diese „in erster Linie der Erfüllung sozialer Aufgaben dient“, ist bei diesen Einrichtungen sichergestellt, dass die DAWI andere Tätigkeiten weit überwiegt. Immer dann, wenn gleichzeitig feststeht, dass die Einrichtung zusammengerechnet aus allen ihren Tätigkeiten keinen Gewinn erzielt hat oder ein evtl. erzielter Gewinn einer angemessenen Rücklage zugeführt wurde, die an den förderfähigen Zweck gebunden ist, dann würde eine Prüfung stets ergeben, dass jedenfalls aus der Förderung kein unangemessener Gewinn erzielt wurde. Da aber der angemessene Gewinn ohnehin frei verwendet werden kann, könnte man dann im Sinne einer Entbürokratisierung auf das Erfordernis der Trennungsrechnung verzichten. Eine untergeordnete wirtschaftliche Tätigkeit könnte nur eine völlig unbeachtliche Quersubventionierung veranlassen. Mit dieser Klarstellung wäre es unbürokratisch möglich, dass beispielsweise ein Vereinsfest zur Einnahmenerzielung veranstaltet werden kann, oder dass ein Raum einer Kita für ein paar Stunden am Wochenende an den lokalen Sportverein vermietet wird, ohne dass hierfür entweder eine getrennte Buchhaltung nötig wird oder aber eine Quersubventionierung vermutet wird.

⁴⁸ [State subsidy rules for health and social services of general economic interest \(evaluation\).](#)

Hilfsweise könnte die Kommission zumindest klarstellen, dass die Grundsätze aus der Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff für Nebentätigkeiten⁴⁹ auch im DAWI-Bereich gelten. Voraussetzung wäre, dass dieselben Ressourcen eingesetzt werden und die Nebentätigkeit nicht über 20% der jährlichen Gesamtkapazität hinausgeht. Auch das wäre bereits eine deutliche Erleichterung.

Diese Notwendigkeit der bürokratischen Vereinfachung des Konzepts der Trennungsrechnung und des angemessenen Gewinns für „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ wurde auch von der Initiativ-Stellungnahme des EWSA aus 2022 aufgegriffen, in der auf die offensichtliche Komplexität der Berechnungen des angemessenen Gewinns hingewiesen wird, insbesondere bei lokal erbrachten DAWI. Es sei nicht angemessen, nur um den angemessenen Gewinn richtig berechnen zu können kostspieliger Beratungsdienste in Anspruch nehmen zu müssen, die für die meisten kleinen Erbringer von sozialen Dienstleistungen nicht erschwinglich sind.⁵⁰ Eine ähnliche Forderung der Anerkennung der besonderen Situation von „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ war auch bereits in der Initiativ-Stellungnahme des EWSA aus 2022 enthalten, die weitere Leitlinien forderte, wie mit Unternehmen umzugehen ist, die ihre Gewinne reinvestieren“.⁵¹ Obwohl die Kommission diese Forderungen des EWSA in ihrer DAWI-Evaluation benennt,⁵² wurden seitdem keine Schritte unternommen, um das Erfordernis der Trennungsrechnung und die Berechnung eines angemessenen Gewinns so zu gestalten, dass die Erfüllung von sozialen DAWI nicht im Widerspruch zu Art. 106 Abs. 2 tatsächlich verhindert wird.

4.4. Transparenz und Berichtspflichten

Als Beihilfempfänger sind die Berichtspflichten der Mitgliedsstaaten an die Kommission die einzige Möglichkeit, um zumindest Anhaltspunkte dafür zu bekommen, wie die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses praktiziert wird. Deswegen sollten die Berichtspflichten so geändert werden, dass diese nicht nur einen Nutzen für die Kommission haben, sondern auch für die Anwender und Beihilfempfänger. In diesem Sinne sollte die Kommission eine durchsuchbare Datenbank aufsetzen (ähnlich wie das bereits bestehende Transparenzregister für die AGVO und ab 1. Januar 2026 auch für die De-minimis-Beihilfen), in dem sektoral gefiltert werden kann. Die Kommission sollte dieses Register dann auch nutzen, um „gute Praxis“-Beispiele aus verschiedenen Mitgliedsstaaten zu identifizieren.

⁴⁹ Rn. 307 mit Fn. 305.

⁵⁰ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981, Rz 3.6, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).

⁵¹ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981, Rz 3.6, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).

⁵² Commission Staff Working Document, Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation. SWD(2022) 389 final.

Diese Praxis würde verhindern, dass sowohl Zuwendungsgeber der föderalen Ebene (z.B. Land, Bezirk, Landkreis, Stadt etc.) als auch Zuwendungsempfänger trotz der Berichtspflichten momentan nicht effektiv von den guten Beispielen und Praktiken anderer lernen können.

Insbesondere wäre die Möglichkeit einer Analyse der Praxistauglichkeit der Kategorie der „Einbindung sozial schwächerer Bevölkerungsgruppen“ (im Engl. „social inclusion“) für Beihilfenempfänger sehr aufschlussreich, da dies der „Auffangtatbestand“ ist, wo Mitgliedsstaaten am meisten Ermessensspielraum in der Bestimmung der sozialen DAWI haben. Da Fördergeber immer wieder darauf hinweisen, dass die Herstellung der Beihilfenkonformität über den DAWI-Freistellungsbeschluss nicht möglich ist, wäre eine solche durchsuchbare Analyse der bereits erfolgten Betrauungen sehr hilfreich.

Da Art. 106 Abs. 2 AEUV ganz deutlich macht, dass die Anwendung der Wettbewerbsregeln, also insbesondere das Beihilfenrecht, nicht dazu führen darf, dass die Erbringung von sozialen DAWI tatsächlich verhindert wird, wäre es dringend geboten, dass die Kommission in den DAWI-Berichten nicht nur die erfolgten Betrauungen im Rahmen des DAWI-Freistellungsbeschlusses sondern auch abfragt, wann die Komplexität des DAWI-Freistellungsbeschlusses dazu geführt hat, dass im Bereich der sozialen Dienstleistungserbringung z.B. die Anwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung vorherrschte. Somit würde im Laufe der Zeit eine wichtige Informationsquelle entstehen, mit der die tatsächliche Verhinderung der Erbringung von sozialen DAWI durch die unnötige Komplexität des DAWI-Freistellungsbeschlusses dargestellt werden könnte.

Insgesamt hat sich in der Praxis gezeigt, dass der Beihilfetatbestand im Bereich der sozialen Dienstleistungen (vgl. Sektion 2), die Kategorisierung als soziale DAWI (vgl. Sektion 3), sowie die Komplexität und Anwendungsschwierigkeiten der Erfordernisse des DAWI-Freistellungsbeschlusses (vgl. Sektion 4) 13 Jahre nach Einführung der Kategorie einer sozialen DAWI in Art. 2 Abs. 1 lit. c) weiterhin zu großen Anwendungsschwierigkeiten führen.

5. Fazit

Viele der praktischen Anwendungsschwierigkeiten des DAWI-Freistellungsbeschlusses für soziale DAWI beruhen somit immer noch auf der hohen Rechtsunsicherheit und unnötigen Komplexität der Erfordernisse des DAWI-Freistellungsbeschlusses.

Der EWSA hat 2022 in einer Initiativ-Stellungnahme festgestellt, „dass die im Bereich der DAWI anwendbaren Rechtsbegriffe trotz der Klarstellungen und Vereinfachungen im Zuge des Almunia-Pakets im Jahr 2012 objektiv betrachtet nach wie vor komplex sind“.⁵³ Deswegen hat er die Kommission dazu aufgefordert, eine überarbeitete Fassung des

⁵³ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981,Rz. 4.1, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).

inzwischen veralteten Leitfadens aus 2013⁵⁴ zu veröffentlichen.⁵⁵ Leider wurde diese Forderung bis jetzt von der Kommission nicht aufgegriffen. Sollten die konkreten Änderungsvorschläge zur Aufnahme des besonderen Regelwerks für „Einrichtungen ohne Erwerbszweck“ im Bereich der Erbringung von sozialen Dienstleistungen direkt im DAWI-Freistellungsbeschluss (noch nicht) konsensfähig sein, sollte die Kommission hilfsweise zumindest diese Forderung des EWSA aufgreifen und über einen Leitfaden für soziale DAWI zumindest für ein bisschen mehr Rechtssicherheit und Praxistauglichkeit des DAWI-Freistellungsbeschlusses sorgen.

Kontakt:

Dr. Hannah Adzakpa, Juristische Referentin, Deutscher Caritasverband e.V. - Kontaktstelle Politik Europa (hannah.adzakpa@caritas.de)

⁵⁴ SWD(2013) 53 final/2.

⁵⁵ Initiativ-Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. Januar 2022 zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich Gesundheit und Soziales nach der Pandemie: Überlegungen und Vorschläge zu der von der Kommission durchgeführten Bewertung der Änderung des Legislativpakets von 2012, INT/981,Rz. 4.2, verfügbar hier: [State Aid Rules Applicable to Health and Social Services SGEI in a Post Pandemic Scenario. Thoughts and Proposals on the Commission Evaluation to Amend the 2012 Legislative Package | EESC](#).