

# **3**

## **EU-beihilferechtliche Rahmenbedingungen für Weiterbildung**

---

Dieses Kapitel gibt zunächst einen Überblick über die Kriterien zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten. Es erörtert den Unternehmensbegriff des EU-Beihilferechts im Hinblick auf die Weiterbildung an staatlichen Hochschulen. Es stellt die einschlägigen Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vor; es untersucht, wie die Beschlüsse des EuGH zu bildungsbezogenen Fällen das Verständnis des Beihilferechts beeinflussen können; und es erörtert, wie diese Urteile in Veröffentlichungen und Beschlüsse der Europäischen Kommission dargestellt werden. Die Auslegung der Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten an Hochschulen im KMK-Leitfaden wird ebenfalls erörtert. In diesem Kapitel werden auch die Ausnahmen und Befreiungen von den Beihilfavorschriften erläutert und aufgezeigt, wie sie auf die Weiterbildung anwendbar sind; außerdem wird erklärt, wie die Kosten eines Programms analysiert und Gebühren festgesetzt werden sollten, um im Rahmen der Beihilfavorschriften zu bleiben.

---

## Einstufung von Weiterbildung als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit

Einer der Gründe für die Rechtsunsicherheit der Hochschulen bei der Verwendung öffentlicher Mittel für wissenschaftliche Weiterbildung ist, dass die Europäische Kommission (EK) keine Entscheidungen zur Weiterbildung im beihilferechtlichen Rahmen der Europäischen Union (EU) getroffen hat. Dies bedeutet, dass es notwendig ist, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und die Beschlüsse der EK zu verwandten Tätigkeitsarten zu analysieren und daraus abzuleiten, wie sie Fälle der Weiterbildung auslegen würden, wenn sie zur Entscheidung anstehen. Zu diesem Zweck untersucht diese Analyse die Rechtsprechung des EuGH und die Beschlüsse der EK, die Parallelen zur Weiterbildung aufweisen, und erörtert, wie Programme nach EU-Recht als "wirtschaftlich" (was bedeutet, dass sie nicht subventioniert werden dürfen) oder "nichtwirtschaftlich" (in diesem Fall gilt das Verbot staatlicher Subventionen nicht) eingestuft werden sollten. Über diese erste Klassifizierung hinaus werden weitere Kriterien und definierende Merkmale für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Beihilfavorschriften auf ein Weiterbildungsprogramm herangezogen, was zu einer Reihe von Kriterien und Grundsätzen führt, die die Beurteilung der Anwendbarkeit des Beihilferechts auf die Weiterbildung untermauern.

### **Relevanz des Unternehmensbegriffs des EU-Beihilferechts für Weiterbildungsangebote staatlicher Hochschulen**

Kapitel 2 hat aufgezeigt, dass die Unterscheidung zwischen nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten entscheidend für den Unternehmensbegriff des EU-Beihilferechts ist. Ein Unternehmen ist danach jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (ECJ, 1991<sub>[1]</sub>).<sup>1</sup> Die Unternehmenseigenschaft setzt daher eine **wirtschaftliche Tätigkeit** voraus. Eine Hochschule ist kein Unternehmen im EU-beihilferechtlichen Sinne, wenn und soweit sie nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt. Die staatliche Finanzierung von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten ist zulässig. Grundsätzlich nicht durch den Staat finanziert werden sollen hingegen wirtschaftliche Tätigkeiten der Hochschule. Die Finanzierung von wirtschaftlichen Tätigkeiten mit staatlichen Mitteln unterliegt dem Beihilfeverbot.

Weiterbildung an Hochschulen gehört nicht zu den Kernbereichen hoheitlicher Tätigkeit, die von vornherein nichtwirtschaftlich sind (wie etwa die Landesverteidigung, polizeiliche Tätigkeiten oder der Strafvollzug) (Mestmäcker/Schweitzer, 2016<sub>[2]</sub>).<sup>2</sup> Deshalb kommt es auf die im Folgenden erörterten Abgrenzungskriterien zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten an:

- das Bestehen privater Konkurrenz;
- die **Finanzierungsstruktur** und eine damit zusammenhängende Gewinnerzielungsabsicht;
- die Einbettung des jeweiligen Angebots in das **staatliche Bildungssystem**;
- ein mögliches **besonderes staatliches Interesse** an dem konkreten Angebot.

Eine weitere, für die Bewertung von Weiterbildungsangeboten der Hochschulen wichtige Präzisierung nahm der EuGH hinsichtlich der Bedeutung von Konkurrenz vor. Es kommt bei der Einstufung als **wirtschaftliche Tätigkeit** darauf an, ob die betreffende Tätigkeit auf einem Markt im Wettbewerb zu anderen oder potenziellen Wirtschaftsteilnehmern ausgeübt wird (ECJ, 2006<sub>[3]</sub>).<sup>3</sup> Konkurriert also das Angebot der betreffenden Einheit mit dem von Wirtschaftsteilnehmern, die den gleichen Zweck verfolgen, spricht dies für die Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit.<sup>4</sup> Dies ist vorliegend wichtig, weil Weiterbildungsangebote staatlicher Hochschulen mit denen privater Anbieter konkurrieren können.

Dies deutet darauf hin, dass Weiterbildung an Hochschulen zumindest prinzipiell entweder wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich sein kann, wobei möglicherweise einige Weiterbildungsprogramme die Kriterien für wirtschaftliche Aktivitäten erfüllen und andere nicht.

Die Einstufung von Weiterbildung als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich ist aufgrund der Komplexität der oben genannten Kriterien und aufgrund der Art und Weise, wie sie in dem komplexen, vielschichtigen Rechtssystem der EU verstanden werden, nicht einfach. Daher wird in diesem Kapitel die Behandlung von Bildung in der Rechtsordnung analysiert, um die Grundsätze zu ermitteln, die den EuGH und die EK bei ihrer Auslegung des Status der Weiterbildung an den brandenburgischen Hochschulen leiten dürften, bevor zusammengefasst wird, wie die vier Kriterien auf den Fall der Hochschulweiterbildung anzuwenden sind.

### ***EuGH-Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff***

EU-Verträge, -Verordnungen und -Richtlinien treffen keine ausdrückliche Entscheidung zur Einordnung von Weiterbildung als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich. Jedoch hat sich eine Rechtsprechung des EuGH zum Dienstleistungsbegriff entwickelt, die gerade von der EK auf das EU-Beihilferecht übertragen wird. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Bildungs-, aber auch auf Weiterbildungsangebote.

#### *Entwicklung der Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff*

Der EuGH hat noch nie unmittelbar über die EU-beihilferechtliche Einordnung von Weiterbildung entschieden. Die Frage der EU-rechtlichen Einordnung von Bildungsangeboten, insbesondere auch von Weiterbildungsangeboten, wurde zwar bereits mehrfach aufgeworfen. Dies jedoch nicht unmittelbar in Zusammenhang mit dem Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV, sondern mit dem Dienstleistungsbegriff des Art. 57 AEUV.

Dieser **Dienstleistungsbegriff** wird durch den AEUV im Rahmen der EU-Grundfreiheit definiert. Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV gehört zu diesen Grundfreiheiten (ebenso wie etwa die Warenverkehrsfreiheit). Diese Grundfreiheiten dienen dazu, den Binnenmarkt in und zwischen den EU-Mitgliedstaaten zu verwirklichen. Dienstleistungen im Sinne der EU-Verträge sind gemäß Art. 57 Abs. 1 AEUV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Das Entgelt im Sinne dieser Vorschrift zeichnet sich nach der Rechtsprechung des EuGH dadurch aus, dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt (ECJ, 1988<sub>[4]</sub>)<sup>5</sup>.

In Kasten 3.1 sind die EuGH-Beschlüsse in Sachen Humbel und Edel (ECJ, 1988<sub>[4]</sub>)<sup>6</sup>, in Sachen Wirth (ECJ, 1993<sub>[5]</sub>)<sup>7</sup>, in Sachen Schwarz und Gootjes-Schwarz (ECJ, 2007<sub>[6]</sub>)<sup>8</sup>, in Sachen Zanotti (ECJ, 2010<sub>[7]</sub>)<sup>9</sup> und in Sachen Kirschstein (ECJ, 2019<sub>[8]</sub>)<sup>10</sup> aufgeführt. Die wesentlichen Teile der Urteilsbegründungen werden zunächst wiedergegeben und dann zueinander in Verhältnis gesetzt.

### **Kasten 3.1. EuGH-Rechtsprechung zur Bildung als Dienstleistung**

#### **Beschluss Humbel und Edel**

Die erste Prüfung von Bildungsangeboten unter dem Dienstleistungsbegriff nahm der EuGH im Beschluss Humbel und Edel vor. Hier klagten die Eltern eines französischen Schülers, der in Belgien für den Sekundarschulbesuch eine Einschreibegebühr entrichten sollte. Von belgischen Schülern wurde eine solche Gebühr nicht verlangt. Die Eltern weigerten sich deshalb, die Gebühr zu zahlen. In diesem Fall kam es unter anderem auf die Einordnung des Unterrichts an der betreffenden belgischen Sekundarschule als Dienstleistung im Sinne des EU-Rechts an. Der EuGH verneinte die Dienstleistungseigenschaft mit der folgenden Begründung (ECJ, 1988<sub>[4]</sub>):

*„Das Wesensmerkmal des Entgelts ist also, dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt, wobei die Gegenleistung in der Regel zwischen dem Erbringer und dem Empfänger einer Leistung vereinbart wird.*

*Dieses Merkmal fehlt bei einem im Rahmen des nationalen Bildungssystems erteilten Unterricht. Zum einen will der Staat durch die Errichtung und Erhaltung eines solchen Systems keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen; vielmehr erfüllt er dadurch auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern. Zum anderen wird dieses System in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert.*

*An der Natur dieser Tätigkeiten ändert sich nichts dadurch, dass die Schüler oder ihre Eltern manchmal Gebühren oder ein Schulgeld zahlen müssen, um in gewissem Umfang zu den Kosten für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Systems beizutragen. Erst recht kann der bloße Umstand, dass die Zahlung einer Einschreibgebühr nur von ausländischen Schülern verlangt wird, keine solche Wirkung haben.“*

### **Beschluss Wirth**

In der Sache Wirth hatte der EuGH dann erneut über die Frage zu entscheiden, ob ein Bildungsangebot als Dienstleistung einzustufen sei. Der Kläger beehrte in diesem Fall als deutscher Staatsbürger vom deutschen Staat Ausbildungsförderung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAFöG). Er wollte ein Studium der Fachrichtung Jazz-Saxofon in den Niederlanden fördern lassen. BAFöG-Leistungen wurde ihm jedoch verweigert. Auch in diesem Fall verneinte der EuGH die Dienstleistungseigenschaft des betreffenden Studiengangs (ECJ, 1993<sup>[5]</sup>). Dazu aus der Begründung:

*„Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, besteht das Wesensmerkmal des Entgelts darin, dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt, wobei die Gegenleistung in der Regel zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Leistung vereinbart wird. In demselben Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass dieses Merkmal bei einem im Rahmen des nationalen Bildungssystems erteilten Unterricht fehlt. Zum einen will der Staat durch die Errichtung und Erhaltung eines solchen Systems keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen; vielmehr erfüllt er dadurch auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern. Zum anderen wird dieses System in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert. Der Gerichtshof hat hinzugefügt, dass sich an der Natur dieser Tätigkeit dadurch nichts ändere, dass die Schüler oder ihre Eltern manchmal Gebühren oder ein Schulgeld zahlen müssten, um in gewissem Umfang zu den Kosten für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Systems beizutragen.*

*Diese Erwägungen gelten auch für den Unterricht an einer Hochschule, die im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird.*

*Wie aber das Vereinigte Königreich in seinen Erklärungen vorgetragen hat, werden zwar die meisten Hochschulen auf diese Weise finanziert, es gibt jedoch Hochschulen, die im Wesentlichen aus privaten Mitteln, insbesondere durch die Studenten oder deren Eltern, finanziert werden und einen Gewinn zu erzielen suchen. Wird der Unterricht in derartigen Einrichtungen erteilt, so wird er zur Dienstleistung im Sinne von Art. 60 EWVG. Das von diesen Einrichtungen verfolgte Ziel besteht nämlich darin, eine Leistung gegen Entgelt anzubieten.*

*Aus dem Wortlaut der Vorlagefrage ergibt sich jedoch, dass sich das vorlegende Gericht nur auf den Fall bezieht, dass die Hochschule aus öffentlichen Mitteln finanziert wird und von Studenten nur Gebühren erhält.*

*Auf den ersten Teil der ersten Frage ist daher zu antworten, dass der Unterricht an einer Hochschule, die im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, keine Dienstleistung im Sinne von Art. 60 EWGV darstellt.“*

### **Beschluss Schwarz und Goethes-Schwarz**

Im Beschluss Schwarz und Goethes-Schwarz entwickelte der EuGH seine Rechtsprechung weiter. Die Kläger beehrten hier vom Finanzamt die Gewährung steuerlicher Vergünstigungen für das

Schuldgeld, das sie für den Schulbesuch ihrer Kinder in anderen EU-Mitgliedstaaten zahlten. Sie rügten, dass das deutsche Einkommensteuerrecht diese Vergünstigungen nur für den Besuch bestimmter deutscher Privatschulen vorsehe. Dies verstoße gegen das EU-Recht. Zur Frage der Einordnung der Angebote der besuchten Privatschulen als Dienstleistungen fasste der EuGH zunächst die beiden oben genannten Beschlüsse zusammen, bevor er hinzufügte (ECJ, 2007<sup>[6]</sup>):

*„Diese private Finanzierung braucht nicht hauptsächlich durch die Schüler oder ihre Eltern zu erfolgen. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Art. 50 EG nämlich nicht, dass die Dienstleistung von demjenigen bezahlt wird, dem sie zugutekommt.*

*Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts wurde allein das Schulgeld, das die Kläger des Ausgangsverfahrens für ihre beiden betroffenen Kinder an der Caddemuir School zahlten, auf mindestens DEM 10 000 pro Jahr geschätzt. Die deutsche Regierung macht geltend, dieser Betrag sei deutlich höher als der Betrag, den Privatschulen verlangten, die in Deutschland ansässig seien und unter § 10 I Nr. 9 EStG fielen.*

*Da die Vorlageentscheidung keine genauen Angaben zur Finanzierungs- und Betriebsweise der Cademuir School enthält, hat das nationale Gericht auf jeden Fall zu prüfen, ob diese Schule im Wesentlichen aus privaten Mitteln finanziert wird.“*

### **Beschluss Zanotti**

Einen weiteren für diese Analyse besonders interessanten Beschluss traf der EuGH im Fall Zanotti (ECJ, 2010<sup>[7]</sup>). In dieser Sache ging es unmittelbar um ein Weiterbildungsangebot. Der Streit drehte sich ebenfalls um eine steuerliche Vergünstigung nach einzelstaatlichem (hier: italienischem) Recht, die in diesem Fall ein italienischer Anwalt nicht erhielt. Er hatte einen Master-Lehrgang im internationalen Steuerrecht am International Tax Center im niederländischen Leiden besucht. Die italienische Steuerbehörde weigerte sich, die nationale Regelung auf den Fall anzuwenden, nach der ein Betrag abgezogen werden dürfe, der von einer entsprechenden staatlichen Ausbildungseinrichtung möglicherweise verlangt worden wäre. Zu der Frage, ob das International Tax Center Dienstleistungen im Sinne des Unionsrechts erbracht habe, führte das Gericht in Bezug auf die vorhergegangenen Gerichtsbeschlüsse aus:

*„Unterricht an Bildungseinrichtungen, die im Wesentlichen aus privaten Mitteln, insbesondere durch die Studenten oder deren Eltern, finanziert werden, hat der Gerichtshof dagegen als Dienstleistung im Sinne von Art. 50 EG eingestuft, da das von diesen Einrichtungen verfolgte Ziel darin besteht, eine Leistung gegen Entgelt anzubieten.*

*Lehrgänge, die im Wesentlichen durch Personen finanziert werden, die eine Ausbildung oder berufliche Spezialisierung anstreben, sind daher als Dienstleistung im Sinne von Art. 50 EG anzusehen.“*

### **Beschluss Kirschstein**

Eine Gelegenheit, die bisherige Rechtsprechung zu überdenken, bot sich in einem weiteren Verfahren. In der Sache Kirschstein (ECJ, 2019<sup>[8]</sup>) hatte der EuGH mehrere Vorlagefragen zu beantworten, bei denen zu entscheiden war, ob entgeltlich erbrachte Leistungen, die der Hochschultätigkeit zugeordnet werden können, dem Dienstleistungsbegriff des Art. 57 AEUV unterfallen, wenn diese von privaten Einrichtungen angeboten werden, die mit Gewinnerzielungsabsicht handeln. Besondere Aufmerksamkeit verdient letztendlich weniger der Beschluss selbst, sondern der Schlussantrag des Generalanwalts *Bobek*. Der Generalanwalt nutzte in seinem Schlussantrag die Gelegenheit, die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung einer aktuellen Betrachtung zu unterziehen.<sup>11</sup> Er stellte deren verallgemeinernde Bewertung in Frage. Die scharfe Grenze zwischen staatlichen und privaten Universitäten könne in der heutigen Hochschullandschaft nicht mehr gelten. Denn auch staatlich organisierte Hochschulen begäben sich immer mehr in den Bereich privatwirtschaftlicher Tätigkeit.<sup>12</sup> Er schlug deshalb vor, die Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlichen Konstrukten

aufzulösen. Hierzu könne eine Parallele zum Gesundheitswesen gezogen werden. Denn auch im Gesundheitswesen seien sowohl private als auch öffentliche Anbieter gleichermaßen tätig, deren Leistungen einheitlich als nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse eingeordnet werden, für die die Dienstleistungsfreiheit keine Anwendung findet. Parallel dazu biete es sich an, im Bereich des Hochschulrechts nach der Tätigkeit und nicht nach der Organisationsstruktur zu differenzieren. Deshalb schlug der Generalanwalt vor, in Zukunft zur Abgrenzung auf folgende Kriterien abzustellen.

Unterschieden werden sollte nach Auffassung des Generalanwalts Bobek:

- nach jeder einzelnen Tätigkeit (insbesondere jedem Studiengang);
- nach der Bildungsebene, da nur bei Grund- und Sekundarunterricht der soziale Charakter der Bildung deutlich werde, nicht hingegen im Hochschulbereich;
- nach der Finanzierung des Studiengangs und der Frage der Gegenleistung, wobei hier folgende Aspekte eine Rolle spielten:
  - die Kostentragung (nicht ausschließlich und unmittelbar vom Kunden); und
  - die Ausgestaltung des Marktes (je größer der Markt für einen Studiengang [national, europäisch, global], desto weniger könne davon ausgegangen werden, dass eine besondere und einmalige soziale und kulturelle Zielsetzung verfolgt werde).

Der EuGH ging in seinem Beschluss auf diese vorgeschlagenen Kriterien jedoch nicht ein, sondern führte nur unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung aus:

*„Des Weiteren ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die entgeltliche Durchführung von in das Hochschulwesen fallenden Leistungen durch Einrichtungen, die im Wesentlichen aus privaten Mitteln finanziert werden und einen Gewinn zu erzielen suchen, eine solche wirtschaftliche Tätigkeit darstellt...“*

Quellen: ECJ (1988<sup>(4)</sup>), Judgment of 27.09.1988 – C-263/86, BeckRS 2004, 72754, marginal 17 ff; ECJ (1993<sup>(5)</sup>), Judgment of 07.12.1993 – C-109/92, BeckRS 2004, 74113, marginal 15 ff; ECJ (2007<sup>(6)</sup>), Judgment of 11.09.2007 – C-76/05, NJW 2008, 351, 353, marginal 41 ff; ECJ (2010<sup>(7)</sup>), Judgment of 20.05.2010 – C-56/09, IStR 2010, 487, 488, marginal 32 f; ECJ (2019<sup>(8)</sup>), Judgment of 04.07.2019 – C-393/17, GRUR 2019, 846; Opinion of Advocate General at ECJ (2018), 15.11.2018 – C-393/17, BeckRS 2018.

### *Zusammenfassung der Kriterien der EuGH-Rechtsprechung*

Betrachtet man die Beschlüsse in Kasten 3.1, so fällt die Kontinuität der Rechtsprechung seit dem Ausgangsbeschluss in Sachen Humbel und Edel ins Auge. Die sogenannten Humbel-Kriterien sind nach wie vor maßgeblich. Entscheidend dafür, Bildung nicht als entgeltliche Dienstleistung einzustufen sind danach folgende Merkmale:

- ein im Rahmen des **nationalen Bildungssystems** erteilter Unterricht;
- die **öffentliche Finanzierung** der betreffenden Einrichtung als Bestandteil des Bildungssystems im Gegensatz zur Finanzierung im Wesentlichen aus privaten Mitteln (Kirschstein-Beschluss), wobei Gebühren der Schüler oder Studenten noch keine private Finanzierung begründen, wenn diese nur in gewissem Umfang dazu beitragen, das öffentlich finanzierte System zu erhalten und;
- die **fehlende Gewinnerzielungsabsicht** im Gegensatz zu einem gewinnorientierten Angebot (siehe Zanotti- und Kirschstein-Beschluss).

Das Kriterium der öffentlichen Finanzierung bestätigte der EuGH im Wirth-Beschluss. Auch eine Hochschule, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werde und von den Studenten nur Gebühren erhalte, erbringe diesen gegenüber noch keine Dienstleistung. Die Eigenschaft der „öffentlichen Finanzierung“ entfiel also nicht bereits deshalb, weil die Studenten auch Gebühren entrichten mussten.

Auch in der Sache Schwarz schloss der EuGH sich im Wesentlichen den vorgenannten Beschlüssen an. Die private Finanzierung der Bildungseinrichtung sei entscheidend für eine Einstufung der Unterrichtsangebote als Dienstleistungen. Jedenfalls die Bildungsangebote privat finanzierter Bildungseinrichtungen können als Dienstleistungen im Sinne des Art. 57 AEUV angesehen werden.

Im Zanotti-Beschluss deutete der EuGH an, es könnten bei der Frage der Finanzierung einzelne „Lehrgänge“ zu würdigen sein und nicht die Bildungseinrichtung insgesamt. Dies hätte zur Folge, dass auch die private Finanzierung einer einzelnen Lehrveranstaltung bereits eine Dienstleistung begründen könnte. Dies käme dem tätigkeitsbezogenen Ansatz des EU-Beihilferechts bereits nahe, der nicht die ganze Organisation ins Auge fasst, sondern einzelne Tätigkeiten als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich einstuft. Jedoch ist die Formulierung des EuGH zu uneindeutig, um diese Folgerung mit letzter Sicherheit zu ziehen.

Hätte der EuGH schließlich in der Sache Kirschstein die Argumentation des Generalanwalts aufgenommen, wäre es notwendig geworden, zwischen den einzelnen Tätigkeiten einer Hochschule zu differenzieren. Insbesondere die Frage, ob in der entgeltlichen universitären Weiterbildung von Berufstätigen eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des EU-Beihilferechts liegt, die als solche in der EU-beihilferechtlichen Trennungsrechnung ausgewiesen werden müsste, hätte sich daran angeschlossen (siehe oben zum Verbot der Quersubventionierung und zum Gebot der Trennungsrechnung). Da der EuGH diese Linie nicht verfolgte, bleibt die Rechtsprechung diesbezüglich aber offen.

### *Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit auf das EU-Beihilferecht*

Die Kriterien der Rechtsprechung in Sachen Bildung lassen sich im Grundsatz auch auf die Einstufung von Tätigkeiten im Bildungsbereich als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich anwenden.

Für eine Übertragbarkeit spricht zunächst, dass sowohl die Dienstleistungsfreiheit der Art. 57 ff. AEUV als auch das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV der Verwirklichung des Binnenmarkts dienen. Außerdem setzt der Begriff des Unternehmens im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen voraus (Callies/Ruffert, 2016<sup>[9]</sup>).<sup>13</sup> Es liegt also nahe, den Dienstleistungsbegriff des EU-Beihilferechts genauso zu bestimmen wie den Dienstleistungsbegriff der Dienstleistungsfreiheit.

Ein deutlicher Widerspruch ergibt sich jedoch, wenn man genauer betrachtet, wie der EuGH Bildungsangebote unter dem Dienstleistungsbegriff prüft. Seit dem Beschluss in Sachen Humbel und Edel stellt er auf die Finanzierung der gesamten Bildungseinrichtung ab. Ist sie staatlich finanziert, verneint der EuGH das Vorliegen einer Dienstleistung. Gemäß der wettbewerbsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung soll hingegen für den Unternehmensbegriff des EU-Beihilferechts die Art der Finanzierung gerade keine Rolle spielen (ECJ, 2006<sup>[10]</sup>).<sup>14</sup> Danach könnte ein Unternehmen im Sinne des EU-Beihilferechts auch dann vorliegen, wenn keine Dienstleistung im Sinne des Art. 57 AEUV angeboten wird.

Außerdem widerspricht das Abstellen auf die Finanzierung der gesamten Hochschule, wie es der EuGH tut, dem tätigkeitsbezogenen Ansatz des EU-Beihilferechts. Dieses will gerade innerhalb einer Organisation zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten unterscheiden. Allerdings hat der EuGH im Zanotti-Beschluss wenigstens angedeutet, gegebenenfalls auch einen tätigkeitsbezogenen Ansatz verfolgen zu können.

Dennoch ist letztlich festzuhalten, dass die EK selbst von der Übertragbarkeit der Dienstleistungs-Rechtsprechung auf das EU-Beihilferecht ausgeht. Dies drücken ihre Veröffentlichungen zum EU-Beihilferecht deutlich aus. Stellvertretend dafür sei die sogenannte DAWI-Mitteilung der EK (EC, 2012<sup>[11]</sup>)<sup>15</sup>:

„Nach der Rechtsprechung der Union kann die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und überwacht wird, als **nichtwirtschaftliche** Tätigkeit angesehen werden.“

Die EK überträgt hier also die Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff auf den EU-beihilferechtlichen Begriff der (nicht)wirtschaftlichen Tätigkeit.

Auch der EFTA-Gerichtshof überträgt in seiner zwischen den EFTA- und EWR-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein maßgeblichen Rechtsprechung die „Humbel-Kriterien“ der EuGH-Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff auf das EU- Beihilferecht (EFTA Court, 2008<sub>[12]</sub>).<sup>16</sup>

Ein klarstellender Beschluss des EuGH ist zu dieser Frage bislang nicht ergangen. Deshalb lässt sich mit sehr guten Gründen vertreten, im Einklang mit der Kommissionspraxis die Kriterien der Rechtsprechung im Grundsatz auch auf die EU-beihilferechtliche Bewertung von Weiterbildungsangeboten anzuwenden. Dabei sind diese Kriterien dann aber mit dem tätigkeitsbezogenen Ansatz des EU-Beihilferechts auf die einzelnen Weiterbildungsangebote anzuwenden.

## Einordnung durch die EK

Für die Hochschulen besonders maßgeblich ist die Einstufung von Weiterbildung durch die EK. Denn die EK ist die zuständige Aufsichtsbehörde, die die Einhaltung der Wettbewerbs- und Beihilferegeln überwacht und Verstöße sanktioniert<sup>17</sup>. Kasten 3.2 stellt einschlägige Veröffentlichungen der EK vor und Kasten 3.3 fasst einschlägige Beschlüsse der EK als Beihilfebehörde zusammen.

### Veröffentlichungen der EU

Die Veröffentlichungen der EU sind keine bindenden Rechtsakte, an die die EK sich in jedem Fall halten muss. Sie sind keine eigenständigen, nach außen gerichteten Rechtsakte der EU und schränken also die Grundsätze des „allgemeinen“ EU-Beihilferechts nicht ein. Ähnlich den nationalen Verwaltungsvorschriften dienen sie aber zur Beurteilung der Beihilfepraxis durch die EK.

Zu diesem Zweck enthalten die in Kasten 3.2 vorgestellten Veröffentlichungen Auslegungs- und Anwendungsregeln, insbesondere zu der Frage, welche Tätigkeiten von Universitäten keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellen und deshalb staatlicher Förderung zugänglich sind. Außerdem geben sie Gestaltungshinweise, wie staatliche Zuwendungen für wirtschaftliche Tätigkeiten von Universitäten vereinbart werden können. Sie zeigen dadurch insgesamt, welche Grundsätze die EK nach aktuellem Stand befolgen möchte.

### Kasten 3.2. Veröffentlichungen der EU, die Bildung als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit einordnen

#### DAWI Mitteilung

Die DAWI-Mitteilung enthält Anmerkungen dazu, wie Bildungsangebote als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich eingeordnet werden können. Unter Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff formuliert die EK, dass *„die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und überwacht wird, als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann.“* (EC, 2012<sub>[11]</sub>)<sup>18</sup>

Zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten führt sie weiter aus:

*„Diese öffentliche Bereitstellung von Bildungsdienstleistungen muss von Dienstleistungen unterschieden werden, die weitgehend von Eltern oder Schülern oder aus kommerziellen Einnahmen finanziert werden. So fallen beispielsweise kommerzielle Unternehmen, die Hochschulstudiengänge anbieten, die vollständig von dem Studierenden bezahlt werden, eindeutig in letztere Kategorie. In einigen Mitgliedstaaten können öffentliche Institutionen auch Bildungsdienstleistungen anbieten, die aufgrund ihrer Natur,*

Finanzierungsstrukturen und konkurrierender privater Organisationen als wirtschaftlich einzustufen sind.“ (EC, 2012<sub>[11]</sub>)<sup>19</sup>.

## FuE-Rahmen

Bei der Auslegung und Anwendung des EU-Beihilferechts auf dem Gebiet der Forschung und Lehre ist außerdem der Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (FuE-Rahmen) der EK zu berücksichtigen. Dieser enthält ebenfalls Kriterien für die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten. Im FuE-Rahmen hat die EK insbesondere die Voraussetzungen und Ausnahmen definiert, unter denen Hochschulen mit öffentlichen Mitteln finanziert werden dürfen, ohne dass sie hierbei gegen das Beihilfeverbot gemäß Art. 107 AEUV verstoßen. Er beinhaltet daher nicht nur die Bedingungen, zu denen die EU-Mitgliedsstaaten und öffentlichen Einrichtungen Unternehmen zur Durchführung von Forschung, Entwicklung und Innovation beihilfekonform fördern können. Sondern er umfasst darüber hinaus auch Regeln, nach denen die EK angemeldete Beihilfen prüft. Im FuE-Rahmen hat die EK außerdem klargestellt, dass bestimmte von Universitäten und Forschungsorganisationen ausgeübte Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften fallen.

Zur Einstufung von Tätigkeiten der Hochschulen führt der FuE-Rahmen grundsätzlich aus, sie betrachte **primäre Tätigkeiten** von Forschungseinrichtungen und Infrastrukturen im Allgemeinen als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten. Dazu zähle insbesondere auch:

*„die Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen. Im Einklang mit der Rechtsprechung und Beschlusspraxis der Kommission und wie in der [Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfebegriff] und in der DAWI-Mitteilung ausgeführt, gilt die innerhalb des nationalen Bildungswesens organisierte öffentliche Bildung, die überwiegend oder vollständig vom Staat finanziert und überwacht wird, als nichtwirtschaftliche Tätigkeit.“ (EC, 2014<sub>[13]</sub>)<sup>20</sup>*

## Bekanntmachung der EK zum Begriff der staatlichen Beihilfe

Eine weitere Auslegungshilfe ist die Bekanntmachung der EK zum Beihilfebegriff (EC, 2016<sub>[14]</sub>)<sup>21</sup>. Darin geht die EK ausdrücklich darauf ein, welche Tätigkeiten nach ihrer Auffassung als wirtschaftliche und welche als nichtwirtschaftliche angesehen werden könnten. Viele ihrer Formulierungen finden sich bereits im FuE-Rahmen.

Zunächst führte die EK ihre Auffassung unter Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung allgemein aus (Rn. 28):

*„Die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und beaufsichtigt wird, kann als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Staat, ...durch die Errichtung und Erhaltung eines solchen staatlichen Bildungssystems, das in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wollte, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfüllte.“ (EC, 2016<sub>[14]</sub>)<sup>22</sup>*

Sodann betonte die EK, dass eine anteilige Finanzierung durch Unterrichts- oder Einschreibengebühren bei vorrangig staatlicher Finanzierung die Einstufung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit nicht ändere (Rn. 29):

*„Die nichtwirtschaftliche Natur der öffentlichen Bildung wird grundsätzlich nicht dadurch beeinträchtigt, dass Schüler oder ihre Eltern in manchen Fällen Unterrichts- oder Einschreibengebühren entrichten müssen, die zur Deckung der operativen Kosten des Systems beitragen. Solche finanziellen Beiträge decken oft nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten der Dienstleistung ab und können daher nicht als Entgelt für die erbrachte Dienstleistung angesehen werden. Daher ändern sie nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur einer allgemeinen Bildungsdienstleistung, die vorrangig aus staatlichen Mitteln finanziert wird. Diese*

*Grundsätze gelten für öffentliche Bildungsleistungen wie Berufsausbildung, private und öffentliche Grundschulen sowie Kindergärten, nebenberufliche Lehrtätigkeiten an Hochschulen und Unterricht an Hochschulen.“*

Dass im Umkehrschluss eine weitgehende Finanzierung durch Eltern oder Schüler oder aus kommerziellen Einnahmen eine wirtschaftliche Tätigkeit begründet, legt die EK im Anschluss dar (Rn. 30):

*„Solche öffentlichen Bildungsdienstleistungen müssen von Dienstleistungen unterschieden werden, die weitgehend von Eltern oder Schülern oder aus kommerziellen Einnahmen finanziert werden. So fallen beispielsweise Hochschulstudiengänge, die vollständig von dem Studierenden bezahlt werden, eindeutig in die letztere Kategorie. In einigen Mitgliedstaaten können öffentliche Stellen auch Bildungsdienstleistungen anbieten, die aufgrund ihrer Natur, Finanzierungsstrukturen und der Existenz konkurrierender privater Organisationen als wirtschaftlich einzustufen sind.“*

Vor dem Hintergrund dieser Grundsätze zählt die EK Tätigkeiten auf, die nicht in den Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften fallen sollen. Insoweit wird auch der FuE-Rahmen wiedergegeben (Rn. 31):

*„...ist die Kommission der Auffassung, dass bestimmte von Universitäten und Forschungseinrichtungen ausgeübte Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften fallen. Dies betrifft deren primäre Tätigkeiten, und zwar*

*die Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen;*

*die unabhängige Forschung und Entwicklung, auch im Verbund, zur Erweiterung des Wissens und des Verständnisses;*

*die Verbreitung der Forschungsergebnisse.“*

Quellen: EC (2012<sub>[15]</sub>), Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Text von Bedeutung für den EWR, OJ C 8, 11.1.2012, p. 4; EC (2014<sub>[13]</sub>), Mitteilung der Kommission — Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, OJ C 198, 27.6.2014, p. 1; EC (2016<sub>[14]</sub>), Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, p. 1.

### *Zusammenfassung der Kriterien der Kommissionsveröffentlichungen*

Die Gesamtschau der drei in Kasten 3.2 vorgestellten Kommissionsveröffentlichungen ergibt, dass im Wesentlichen die EuGH-Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff auf das EU-Beihilferecht übertragen wird. Die EK nimmt aber Ergänzungen und eigene Wertungen vor. Festzuhalten ist auch, dass wissenschaftliche Weiterbildung nicht ausdrücklich genannt wird. Es verbleibt also eine deutliche Anwendungsunsicherheit für Politik und Hochschulen.

Nach Auffassung der EK kann „Ausbildung“ an Hochschulen grundsätzlich nichtwirtschaftlicher Natur sein. Ist das Konzept allerdings nicht darauf ausgerichtet, dass die Ausbildung zum Ersten überwiegend oder vollständig vom Staat finanziert und zum Zweiten vom Staat überwacht wird, greift diese Privilegierung nicht. Bemerkenswert ist, dass die EK im FuE-Rahmen bestimmte primäre Tätigkeiten von Hochschulen benennt, die in der Regel nichtwirtschaftlich seien.

Eine solche primäre Hochschultätigkeit ist die „Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen“. Fraglich ist aber, ob dieser Tatbestand auch wissenschaftliche Weiterbildung an Hochschulen umfasst oder durch die Verwendung des Wortes „Ausbildung“ nur die ursprüngliche (erste) Berufsqualifikation. Im Ergebnis gibt die offene Formulierung keinen klaren Aufschluss darüber, ob die EK

auch die Weiterbildung als primäre Tätigkeit der Hochschulen versteht. Dafür spricht allerdings die Formulierung der Ausbildung „besser qualifizierten“ Humanressourcen. Denn Weiterbildung hat ja gerade den Sinn, bereits in irgendeiner Weise qualifizierte Personen „besser“ zu qualifizieren. Die Formulierung ist jedoch zu offen, um zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen. Deshalb wäre hier ein klarstellender Beschluss der EK sehr wünschenswert.

Geht man davon aus, dass die Weiterbildung derzeit nicht sicher unter „Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen“ rubriziert werden kann, so kommt es auf die Abgrenzungskriterien an. Die EK beruft sich hier im Ausgangspunkt auf die Kriterien der Rechtsprechung. Also auf die Art der Finanzierung, die Gewinnerzielungsabsicht und die Einbettung ins staatliche Bildungssystem. Es wird aber deutlich, dass sie daneben weitere Kriterien für anwendbar hält. In der prägnanten Formulierung der EK geht es insgesamt um die Würdigung *„der Natur, der Finanzierungsstruktur und möglicher privater Konkurrenzorganisationen für die betreffende Dienstleistung.“* Gerade auch die Existenz konkurrierender privater Organisationen könne also eine wirtschaftliche Tätigkeit begründen. Dies passt zu der Rechtsprechung des EuGH, nach der es für wirtschaftliche Tätigkeiten allgemein gerade auch darauf ankommt, ob das betreffende Angebot mit dem von anderen Wirtschaftsteilnehmern konkurriert. Es bleibt jedoch offen, ob die EK private Konkurrenz bereits für eine **hinreichende** Bedingung hält, die **allein** eine wirtschaftliche Tätigkeit auch dann zu begründen vermag, wenn das jeweilige Weiterbildungsangebot etwa Teil des öffentlichen Bildungssystems und darüber hinaus auch öffentlich finanziert ist.

Insbesondere die primären Hochschultätigkeiten nach dem FuE-Rahmen können nicht unmittelbar für die Einordnung von Weiterbildung herangezogen werden. Weiterbildung findet sich nicht unter den dort gegebenen Beispielen. Den Privilegierungen bestimmter nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten ist aber im Vergleich zu den genannten wirtschaftlichen Tätigkeiten gemeinsam, dass sie erkennbar zu den primären Aufgaben der Hochschulen gehören und unabhängig von den Wünschen Dritter erbracht werden. Sie sind selbst dann nichtwirtschaftlich, wenn wie bei der privilegierten Tätigkeit des Wissenstransfers auch Entgelte erzielt werden, solange diese wieder in den nichtwirtschaftlichen Bereich fließen.

Tätigkeiten, die dagegen in Abhängigkeit von den und zielgerichtet auf die Interessen Dritter hin erbracht werden, sind wirtschaftlicher Natur, wie beispielsweise die im FuE-Rahmen genannte Auftragsforschung.

Maßgeblich ist aus Sicht der EK, ob es sich bei dem Weiterbildungsangebot um eine primäre Tätigkeit der Hochschule handelt. Je deutlicher sich das Weiterbildungsangebot aus einem spezifischen Bildungsauftrag ableiten lässt, desto eher kommt die Bewertung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit in Frage. Dies korrespondiert auch mit der Formulierung des EuGH, dass Bildungsangebote „im Rahmen des staatlichen Bildungssystems“ keine Dienstleistungen seien. Die Einstufung der Weiterbildung lässt sich so allerdings noch nicht abschließend beurteilen.

Bei einer Betrachtung der Zielrichtung des EU-Beihilferechts drängt sich darüber hinaus eine Kritik an der Übernahme des Kriteriums der im Wesentlichen staatlichen Finanzierung durch die EK in das EU-Beihilferecht auf. Denn das EU-Beihilferecht legt Wert auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die an die Art der angebotenen **Leistung** anknüpft. Hingegen stellt es nicht auf die Art und Weise der **Finanzierung** ab.

Die EK wende im Rahmen der Beihilfeprüfung einen stärker wirtschaftsorientierten Ansatz, eine „verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise“<sup>23</sup> an (EC, 2005<sub>[16]</sub>) (EC, 2009<sub>[17]</sub>) (EC, 2009<sub>[18]</sub>). Die Notwendigkeit einer solchen wirtschaftlichen Betrachtungsweise resultiert bereits aus dem Sinn und Zweck des EU-Beihilferechts. Dessen Primärziel ist es, Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des Binnenmarktes sowie die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern (Bartosch, 2016<sub>[19]</sub>)<sup>24</sup>. Die Frage des Vorliegens von Wettbewerbsverzerrungen lässt sich letztendlich nur dann beantworten, wenn die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse auf dem betreffenden Markt sowie die jeweiligen wirtschaftlichen Auswirkungen betrachtet werden.

Auch der EuGH geht in seiner Rechtsprechung von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. Dem Gericht zufolge ist EU-beihilferechtlich zu prüfen, ob eine staatliche Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, *„bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige im Sinne des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag gegenüber anderen Unternehmen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen“*. (ECJ, 2001<sub>[20]</sub>) (ECJ, 2005<sub>[21]</sub>)<sup>25</sup>

Ausgehend von den Zielen des EU-Beihilferechts und unter Zugrundelegung dieses zuvor geschilderten Verständnisses, sind die einzelnen Merkmale des EU-Beihilfetatbestandes auszulegen.

Auch im funktionalen EU-beihilferechtlichen Unternehmerbegriff zeigt sich, dass dem EU-Beihilferecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde liegt. Abgestellt wird bei der Frage der Unternehmenseigenschaft allein auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, nicht hingegen auf die Rechtsform, Finanzierung oder Gewinnorientierung eines Unternehmens. Auch die Frage, ob eine Begünstigung vorliegt, ist mittels einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beantworten (Mederer, 2015<sub>[22]</sub>)<sup>26</sup>.

Auf dieser Basis steht mithin die wirtschaftliche Natur von Aktivitäten im Mittelpunkt. Nicht im Mittelpunkt steht dagegen die Frage, ob eine Aktivität staatlich finanziert und dadurch nichtwirtschaftlich wird. Denn das EU-Beihilferecht will gerade verhindern, dass wirtschaftliche Aktivitäten wettbewerbsverzerrend durch den Staat finanziert werden. Wenn daher der Staat durch eine Finanzierung eine Tätigkeit zu einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit macht, dann würde sie dem Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts entzogen. Gerade das, was durch das EU-Beihilferecht verhindert werden sollte, würde dazu führen, dass die Tätigkeit durch staatliche Finanzierung dem Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts entzogen würde. Die Folge: Das EU-Beihilferecht würde „ins Leere laufen“.

Dennoch hat die EK das Kriterium der Finanzierungsstruktur in das EU-Beihilferecht übernommen. Angesichts dieser eindeutigen Kommissionspraxis sollte es in der Hochschulpraxis trotz der hier aufgezeigten Zweifel und Risiken entsprechend angewandt werden, bis es zu einer Klärung durch die EK oder den EuGH kommt.

### **EU-Beihilferechtliche Beschlusspraxis der EK**

Besonders betrachtet werden muss auch die Beschlusspraxis der EK zur Einordnung von Weiterbildungsangeboten. Denn an diesen Beschlüssen lässt sich beobachten, dass die EK diese Kriterien jedenfalls nicht systematisch in jedem Fall anwendet. Es zeigt sich außerdem, dass sie der Nähe zum und der Einbettung in das staatliche Bildungssystem wesentliche Bedeutung zumisst (siehe Kasten 3.3).

#### **Kasten 3.3. Beschlüsse der EK zur Anwendung der Kriterien über staatliche Beihilfe auf die Hochschulbildung**

##### **Prerov Logistics College, Tschechische Republik**

In der Sache Prerov logistics college (EC, 2006<sub>[23]</sub>) ging es um eine tschechische Privathochschule, die durch die Tschechische Republik eine Subvention empfing. Diese private Hochschule durfte aufgrund einer Vereinbarung mit dem Staat als eine Einrichtung des tertiären Bildungssektors auftreten. Sie durfte daher einen akkreditierten Bachelor-Studiengang anbieten. Die Hochschule erzielte eigene Einkünfte durch Studiengebühren und verfügte unter anderem in Ressourcen ihrer Gründer über eigene finanzielle Mittel. Die genaue Finanzierungsstruktur wurde jedoch nicht in ihren Einzelheiten offengelegt.

Die EK entschied, dass diese Privatschule kein Unternehmen im Sinne des EU-Beihilferechts sei. Sie sei vielmehr Teil des staatlichen Bildungssystems. Die angebotenen Erziehungsprogramme sowie

Forschung, Entwicklung und sonstige Aktivitäten innerhalb des Studiengangs seien abhängig von staatlicher Zustimmung, hier durch das tschechische Erziehungsministerium. Andere Aktivitäten seien der Hochschule verschlossen. Darüber hinaus könnten mögliche Gewinne nur für Aktivitäten der Hochschule reinvestiert werden. Eine Gewinnausschüttung sei nicht möglich. Deshalb verneinte die EK eine Gewinnerzielungsabsicht. Insgesamt übe die Hochschule deshalb keine wirtschaftlichen Tätigkeiten aus. Vielmehr verfolge sie eine Rolle im Bildungssystem im allgemeinen Interesse.

Die EK stellte also im Gegensatz zur Rechtsprechung zum Dienstleistungsbegriff nicht entscheidend auf die Art der Finanzierung der Hochschule ab. Die mindestens anteilige Finanzierung durch private Mittel wurde auch nicht problematisiert. Das entscheidende Kriterium war hier die rechtliche Einbindung in das öffentliche Bildungssystem in Verbindung mit fehlender Gewinnerzielungsabsicht und die entsprechende staatliche Überwachung.

### **Private Stiftung der Liceu Conservatory, Spanien**

Die EK entschied 2018 in der Sache der Privaten Stiftung der Liceu Conservatory (EC, 2018<sup>[24]</sup>), dass die Gewährung von Mitteln für die Durchführung eines staatlich anerkannten Bachelor-Studiengangs in Musik grundsätzlich keine Beihilfe darstelle, wenn es sich bei dem Angebot um einen Teil des staatlichen Bildungssystem handele. Dies wiederum hänge maßgeblich von der Einordnung in das staatliche Bildungssystem und die mehrheitliche Finanzierung ab.

Die EK wiederholte, dass dies auch gelte, wenn die Schüler oder Eltern einen Teil (im Sachverhalt rund 35 %) der für den Kurs notwendigen Gebühren zahlten, nicht aber wenn die Schüler oder Eltern mehrheitlich die Kosten des Studiengangs trügen. Auffällig an dem vorliegenden Sachverhalt war, dass der Bachelorstudiengang aber zugleich zu weniger als 50 % von dem Mitgliedsstaat finanziert wurde. Damit sei der Bachelorstudiengang nicht vollständig oder überwiegend durch staatliche Mittel finanziert und die EK äußerte deutliche Zweifel, ob es sich in diesem Fall nicht doch um eine Unternehmung i.S.v. Art. 107 AEUV handelte.

Die EK musste diese Frage jedoch nicht entscheiden, weil sie in dem Studiengang eine Maßnahme zur Wahrung der Kultur und Förderung der kulturellen Bildung i.S.v. Art. 53 AGVO sah. Damit sah die EK die Maßnahme als mit dem Beihilfeverbot vereinbar an.

### **Partium Knowledge Centre, Ungarn**

Auch der Beschluss der EK in der Sache Partium Knowledge Center (EC, 2008<sup>[25]</sup>) betonte, dass die von einer öffentlich finanzierten Hochschule in Ungarn angebotenen Leistungen teilweise kostenlos seien, teilweise Einzelpersonen zugutekämen und nicht Unternehmen und, betreffend Leistungen im Bereich Forschung und Entwicklung, den einschlägigen Beispielen des FuE-Rahmens für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten unterfielen.

### **BBC Digital Curriculum**

Im Beschluss zum BBC Digital Curriculum (EC, 2003<sup>[26]</sup>) hat die EK wiederum betont, dass das Bestehen eines Marktes die wirtschaftliche Tätigkeit auch dann begründen könne, wenn die betreffende Leistung auf diesem Markt unentgeltlich angeboten wäre. Dies passt zu der besonderen Bedeutung der Konkurrenz, die auch der EuGH diesem Kriterium für den Unternehmensbegriff beimisst.

Quellen: EC (2006<sup>[23]</sup>), EC Decision of 08.11.2006, State aid No N 54/2006; EC (2018<sup>[24]</sup>), EC decision of 08.11.2018, State aid. 43700 (2018/NN) / C(2018) 7215; EC (2008<sup>[25]</sup>), EC decision of 26.11.2008, State aid No N 343/2008; EC (2003), EC decision of 01.10.2003, State aid No N 37/2003.

Der Beschluss in der Sache Prerov Logistics College könnte für die Gestaltung der Weiterbildung an brandenburgischen Hochschulen eine bedeutende Rolle spielen. Denn sie könnte bedeuten, dass die

Einbettung eines Weiterbildungsstudiengangs in das staatliche Bildungssystem für die EK wichtiger ist als die Frage der Finanzierungsstruktur. Jedoch ist ein solcher Schluss nicht mit letzter Sicherheit zu ziehen. Dazu ist gerade auch der Sachverhalt im vorliegenden Beschluss der EK zu wenig detailliert dargestellt.

## Auslegung des EU-Beihilferechts durch den KMK-Leitfaden

Die Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland (Kultusministerkonferenz, KMK) hat die oben dargestellten Abgrenzungskriterien des EU-Beihilferechts bereits zur Kenntnis genommen und gewertet und als ein Ergebnis den „Leitfaden zur Unterscheidung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten von Hochschulen“ (KMK, 2017<sup>[27]</sup>) veröffentlicht. Dieser Leitfaden soll den Hochschulen helfen, nichtwirtschaftliche von wirtschaftlichen Tätigkeiten zu unterscheiden. Er ist aber im Gegensatz zu Beschlüssen des EuGH und der EK nicht rechtsverbindlich. Trotzdem enthält er einige Hinweise zu Weiterbildungsangeboten.

### **Wann qualifiziert der KMK-Leitfaden Weiterbildung durch Hochschulen als wirtschaftlich?**

Der KMK-Leitfaden will eine erste Orientierung zur EU-beihilferechtlichen Einordnung und Bewertung staatlicher Förderung von Forschungstätigkeiten, Entwicklungs- und Innovationstätigkeiten bieten. In erster Linie richtet er sich an Hochschulen als Einrichtungen für Forschung und Wissensverbreitung gemäß Ziffer 1.3 lit. ee FuE-Rahmen. Seine Nutzung als Leitfaden ersetzt selbstverständlich keine ordnungsgemäße EU-beihilferechtliche Einordnung von Weiterbildung an Hochschulen, aufbauend auf den FuE-Rahmen, zutreffend wie folgt (KMK, 2017<sup>[27]</sup>):

*„Grundlage für die beihilferechtliche Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit ist allein das Unionsrecht. Andere Alternativen, wie etwa das Kriterium der nationalen Steuerbarkeit oder die Unterscheidung in hoheitliche versus nicht hoheitliche Aufgaben sind als Unterscheidungskriterien nicht geeignet, da sie im europäischen Vergleich nicht deckungsgleich sind und hoheitliche Aufgaben im Wesentlichen national definiert sind. Es bestehen zudem Ausnahmen, bei denen trotz Steuerbarkeit von nichtwirtschaftlichen Leistungen auszugehen ist. Darüber hinaus sind die Zielsetzungen des europäischen Unionsrahmens und des nationalen Steuerrechts nicht deckungsgleich.“ (KMK, 2017<sup>[27]</sup>).*

An diese Aussage schließt sich die folgende, für die Beurteilung von Weiterbildung wichtige Schlussfolgerung der KMK an:

*„Ob eine Bildungsdienstleistung wirtschaftlicher Natur ist, hängt demzufolge neben der Struktur der Finanzierung der Angebote auch von der Gewinnerzielungsabsicht des Anbieters und auch davon ab, wie der Bildungssektor in dem betreffenden Mitgliedsland organisiert ist und ob ein spezifisches öffentliches Interesse an den Angeboten besteht. Bei der Beurteilung der Frage, ob entgeltfinanzierte Bildungsangebote privater Hochschulen wirtschaftlich sind, ist daher auch deren Einbettung in das staatliche Bildungs- und Kontrollsystem zu berücksichtigen. Unterschiede in den Gegebenheiten in den Mitgliedsstaaten können unter bestimmten Umständen zu einer unterschiedlichen Beurteilung führen.“ (KMK, 2017<sup>[27]</sup>).*

Durch die Verwendung des Begriffs „Bildungsdienstleistung“ wird zunächst deutlich, dass die KMK unter „Ausbildung“ nicht allein die Erst-Ausbildung versteht, sondern den Begriff weit auslegt. Nach dieser Auslegung ist die Einordnung von Weiterbildung als nichtwirtschaftlich grundsätzlich möglich. Dies stellt den Versuch einer Konkretisierung des FuE-Rahmens dar, der nur von „Ausbildung“ spricht. Denn in diesem bleibt schon fraglich, ob die „Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen“ auch Weiterbildung umfasst oder durch die Verwendung des Wortes Ausbildung nur die ursprüngliche Berufsausbildung meint.

Wie der FuE-Rahmen stellt auch der KMK-Leitfaden auf die Struktur und die Finanzierung durch den Staat ab. Dies ergibt sich auch aus Ziffer 9 des KMK-Leitfadens. Dort führt der KMK-Leitfaden Fallbeispiele auf,

die den Hochschulen als Auslegungshilfe dienen sollen und in der praktischen Umsetzung der Hochschulen eine wichtige Rolle spielen. Für den hier relevanten Bereich der Bildung werden zunächst grundständige Studiengänge und konsekutive Masterstudiengänge in Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung dem nichtwirtschaftlichen Bereich zugeordnet, wenn sie innerhalb des nationalen Bildungswesens organisierte öffentliche Bildung darstellen, die überwiegend oder vollständig vom Staat finanziert und überwacht wird. Anhaltspunkte hierfür sind etwa kapazitative Berücksichtigung, Übereinstimmung mit der Landeshochschulplanung sowie Studienangebotszielvereinbarungen und Akkreditierungsgebot. Das soll selbst dann gelten, wenn diese grundständigen Studiengänge berufsbegleitend und gebührenfinanziert sind. Der KMK-Leitfaden hält in den Fallbeispielen insoweit fest:

*„Erhebung von Gebühren steht der Einordnung nicht entgegen, soweit diese lediglich zur Deckung der operativen Kosten beitragen (durch besonderes Format bedingte Zusatzkosten z.B. Veranstaltungen am Wochenende, in den Abendstunden oder an besonderen Orten).“ (KMK, 2017<sub>[27]</sub>).*

Dies spiegelt den Ansatz der EK wider, dass eine anteilige Gebührenfinanzierung von Bildung noch keine wirtschaftliche Tätigkeit begründet. Dies insbesondere dann, wenn die entsprechenden Bildungsangebote im staatlichen Bildungswesen organisiert sind. Die Differenzierung nach "operativen Kosten" findet sich jedoch nicht im FuE-Rahmen und stellt insoweit bereits eine Weiterentwicklung dar.

Mit Blick auf die „weiterbildenden Masterstudiengänge“ nimmt die KMK eine Differenzierung vor, die allein an die Art und Weise der Finanzierung anknüpft. Aus Sicht der KMK ist auch ein weiterbildender Masterstudiengang als nichtwirtschaftlich einzustufen, wenn der Studiengang überwiegend staatlich finanziert (**Voraussetzung 1**) und staatlich überwacht (**Voraussetzung 2**) ausgestaltet ist. Eine überwiegende staatliche Finanzierung wird dann angenommen, wenn 50 % der Vollkosten vom Staat übernommen werden. Zur weiteren Begründung wird ausgeführt:

*„Bei einer überwiegenden Finanzierung durch den Staat erfolgt die Zuordnung zum nichtwirtschaftlichen Bereich. Dadurch besteht die Möglichkeit der Förderung der Weiterbildung (auch fach- oder zielgruppenspezifisch) nach den bildungspolitischen Vorstellungen des jeweiligen Landes.“ (KMK, 2017<sub>[27]</sub>).*

Dagegen soll konsequent ein weiterbildender Masterstudiengang dem wirtschaftlichen Bereich zuzuordnen sein, wenn er nicht überwiegend staatlich finanziert wird. Denn in diesem Fall reiche, so die KMK, die staatliche Überwachung allein nicht aus, um die Klassifikation als nichtwirtschaftlich vorzunehmen. Dieser Grundgedanke der Klassifizierung von Weiterbildungsangeboten nach der Art und Weise der Finanzierung wird sodann im KMK-Leitfaden durchgehalten.

Die Differenzierung wird in dieser Form auch für die „Fortbildung“ vorgenommen, wobei nach den weiterführenden Hinweisen hinzukommen soll, dass Fortbildung dann nichtwirtschaftlich sei, wenn für die Fortbildung „ein besonderes staatliches Interesse besteht (z.B. Lehrerbildung)“. Ähnliches gilt für Sprachkurse, die nichtwirtschaftlich sein sollen, wenn an ihnen ein besonderes staatliches Interesse besteht und sie überwiegend staatlich finanziert sind.

Die KMK stellt neben der Struktur und Finanzierung damit auf ein weiteres Merkmal, nämlich ein „besonderes staatliches Interesse“, ab. Ein besonders staatliches Interesse liegt somit zumindest in Teilen der Weiterbildung. Anknüpfen lässt sich die Einordnung von Weiterbildung als nichtwirtschaftlich daher an die Nähe zum staatlichen Bildungssystem. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass es bei der Bewertung auch auf die Frage ankommt, ob das jeweilige Weiterbildungsangebot als Bildung im Rahmen des staatlichen Bildungssystems zu bewerten ist. Dieses Kriterium findet sich auch seit jeher in der EuGH-Rechtsprechung wieder (siehe Kasten 3.1).

Dagegen sollen Sprachkurse wiederum wirtschaftlich sein, soweit sie vollständig oder überwiegend gebühren- oder entgeltspflichtig sind. Bei „internen Weiterbildungsangeboten“ wird sogar noch eine andere Form der Differenzierung gewählt: Wird diese durch Hochschulangehörige erbracht, soll sie nichtwirtschaftlich sein, bei der Zuhilfenahme Dritter jedoch wird sie wirtschaftlich. Eine weitere Begründung für diesen Ansatz der Differenzierung enthält der KMK-Leitfaden nicht.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der KMK-Leitfaden bemüht ist, eine Lösung zu finden, nach der Hochschulen auch (berufliche) Weiterbildungsangebote in den nichtwirtschaftlichen Bereich einordnen können. Dabei knüpft die KMK maßgeblich an zwei Elemente an:

- Element 1: Die überwiegende staatliche Finanzierung des Angebots; und
- Element 2: Das besondere staatliche Interesse an dem Angebot durch die Hochschulen.

Diese Auslegung wird offenbar durch die bisherige EuGH-Rechtsprechung zum staatlichen Bildungswesen geprägt. Denn auch in dieser wird das staatliche Bildungssystem mit seiner staatlichen Organisation und dem dahinterstehenden staatlichen Interesse betont. Die überwiegende öffentliche Finanzierung soll offenbar den staatlichen Charakter des Angebots prägen und damit eine Einordnung in den nichtwirtschaftlichen Bereich ermöglichen.

### ***Kritische Auseinandersetzung mit dem KMK-Leitfaden***

Der KMK-Leitfaden spielt in der Praxis zu Recht eine wichtige Rolle. Denn er ermöglicht Abgrenzungen für die Hochschulen, die im Ausgangspunkt praktisch handhabbar sind. Das ist insbesondere mangels weitergehender Rechtsprechung oder Konkretisierung des Unionsrahmens durch die EK zwingend erforderlich.

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass der KMK-Leitfaden sowohl dogmatische wie praktische Schwächen hat. Auf diese wird nachfolgend hingewiesen, wobei Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Leitfadens für die Zukunft im Rahmen der Handlungsempfehlungen gegeben werden.

#### *Das Merkmal der überwiegenden staatlichen Finanzierung*

Verlangt man für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten eine überwiegende staatliche Finanzierung, so stößt man auf einen EU-beihilferechtlichen Wertungswiderspruch.

Derzeit ist nach dem KMK-Leitfaden und dem FuE-Rahmen die überwiegende oder vollständige Finanzierung ein maßgebliches Kriterium dafür, ob die staatliche Finanzierung von Bildungsangeboten als unternehmerisch dem EU-Beihilferecht unterfällt. Er wurde bereits erwähnt, dass auf eine zumindest im Wesentlichen staatliche Finanzierung abzustellen, erscheint auf den ersten Blick jedoch widersprüchlich: Je stärker die staatliche Finanzierung der betreffenden Tätigkeit ausgeprägt ist, umso eher würde sie nach diesem Maßstab dem EU-Beihilferecht entzogen. Das EU-Beihilferecht will aber eine Verzerrung des Wettbewerbs durch staatliche Finanzierung gerade verhindern. Auf den zweiten Blick ist gleichwohl anzuerkennen, dass eine überwiegende staatliche Finanzierung auch für einen besonderen Gemeinwohlbezug des Weiterbildungsangebots spricht. Darin kommt der Grundgedanke zum Ausdruck, dass es für die EU-beihilferechtliche Einordnung von wissenschaftlicher Weiterbildung maßgeblich auf den Gemeinwohlbezug ankommt.

Aufgrund des dynamischen Charakters des Unionsrechts und der Tendenz zur fortschreitenden Ökonomisierung ist es denkbar, dass das Kriterium der Finanzierung an Bedeutung in der Zukunft verliert (Marwedel, 2014<sub>[28]</sub>). Es wäre denkbar, dass dieses dann nur noch Indikator für das allgemeinere Kriterium des Gemeinwohlbezugs herangezogen wird. Dies würde bedeuten, dass eine Einordnung von Weiterbildung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit möglich ist, auch wenn sie (vollständig) durch Entgelte für die Weiterbildung finanziert wird. Entscheidend scheint daher, dass begründet werden kann, dass das Weiterbildungsangebot im Einzelfall im Allgemeininteresse liegt. Hierbei ist auch die steigende Bedeutung von Weiterbildung in der EU zu beachten, die bereits in Kapitel 1 dargestellt wurde. Derzeit entspricht diese Einschätzung jedoch noch nicht den Kriterien des EU-Beihilferechts.

Wichtig erscheint auch eine andere Logik: Die Finanzierung der Weiterbildungsangebote sowie das „spezifische“ staatliche Interesse daran könnten auch Folge von einem fehlenden Angebot durch private Teilnehmer sein. Denn warum sollte der Staat ansonsten die Weiterbildungsangebote an den staatlichen

Hochschulen finanzieren? Es geht ihm um die Sicherung des Angebots, weil dieses auf dem deutschen Markt nicht reichhaltig genug oder gar nicht vorhanden ist.

*„Spezifisches staatliches Interesse“*

Nach dem KMK-Leitfaden ist Voraussetzung einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit durch Hochschulen im Bereich der Weiterbildung, dass an dem jeweiligen Bildungsangebot ein „spezifisches öffentliches Interesse“ besteht (Leitfaden Ziffer 8). Dieses Kriterium lässt sich durch seine Unschärfe nur schwer anwenden.

Denn durch die besondere gesellschaftliche Bedeutung der Bildung dürfte grundsätzlich jede Tätigkeit der Hochschule in Bezug auf Weiterbildung im „staatlichen Interesse“ liegen. Berufliche Bildung und insbesondere auch die berufliche Weiterbildung ist bereits ausdrückliches Ziel der EU und in Art. 166 Abs. 2, 2. Spiegelstrich AEUV und der Präambel des AEUV<sup>27</sup> verankert. Zudem ist die steigende gesellschaftliche Bedeutung von Weiterbildung in der EU zu beachten. Weiterbildung gehört auch nach dem Hochschulrecht zu den Kernaufgaben. Während § 21 HRG a. F. festlegte, dass die Hochschulen Möglichkeiten der Weiterbildung entwickeln und anbieten sollen, ist nach der Novellierung in § 2 Abs. 1 HRG und – übereinstimmend in den Hochschulgesetzen der Länder – wissenschaftliche Weiterbildung den Hochschulen als Kernaufgabe neben Forschung und Lehre zugewiesen. Das brandenburgische Hochschulrecht hat die Aufgabe der Weiterbildung in § 25 BbgHG umgesetzt. § 25 BbgHG wiederholt den Auftrag der Hochschule zur Entwicklung und zum Angebot von Weiterbildungsstudien gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 BbgHG.

Somit bietet das Handeln im staatlichen Interesse kein trennscharfes Kriterium für die Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit. Die Nähe des jeweiligen Weiterbildungsangebots zum staatlichen Bildungsauftrag kann aber für die Einstufung als nichtwirtschaftlich, besonders in zweifelhaften Fällen, mitbestimmend sein.

***Abschließende Bewertung des KMK-Leitfadens***

Der KMK-Leitfaden betont im Einklang mit der EK vor allem die Finanzierungsstruktur von Weiterbildungsangeboten. Er führt jedoch auch besonders deutlich ein „spezifisches staatliches Interesse“ als ein Abgrenzungskriterium an. So könnten etwa bestimmte Sprachkurse wie Programm des Deutschen Akademischen Auslandsdienstes (DAAD) aufgrund des besonderen staatlichen Interesses an ihnen bereits als nichtwirtschaftlich eingestuft werden (KMK, 2017<sub>[27]</sub>). Als Ergebnis ist festzuhalten, dass auch nach dem KMK-Leitfaden die eindeutige Einordnung von Weiterbildung als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit nicht in jedem Fall möglich ist. Deshalb fragt sich, ob der Leitfaden noch besser an die EU-rechtlichen Kriterien angepasst werden könnte, um den Hochschulen eine größere Rechtssicherheit zu verschaffen. Hierauf wird in Kapitel 5 noch näher eingegangen.

## Bewertung anhand der EU-beihilferechtlichen Abgrenzungskriterien

Aus den obigen Ausführungen sind zwei Schlüsse zu ziehen.

**Erstens** stuft die EK die wissenschaftliche Weiterbildung nicht ausdrücklich als nichtwirtschaftliche Tätigkeit ein. Die Ausbildung von besser qualifizierten Humanressourcen gilt zwar in der Regel als nichtwirtschaftlich, jedoch kann nicht sicher gesagt werden, ob auch die Weiterbildung unter diesen Tatbestand fällt.

Daraus folgt **zweitens**, dass es mangels klarer Zuordnung auf einzelne Abgrenzungskriterien ankommt. Aus der Gesamtschau der EuGH-Rechtsprechung und der Kommissionspraxis ergibt sich, welche Kriterien die EK zurzeit bei der Einstufung von Weiterbildungsangeboten mit hoher Wahrscheinlichkeit anwenden würde. In der Formulierung der DAWI-Mitteilung und der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff heißt es insofern:

*„In einigen Mitgliedstaaten können öffentliche Stellen auch Bildungsdienstleistungen anbieten, die aufgrund ihrer Natur, Finanzierungsstrukturen und der Existenz konkurrierender privater Organisationen als wirtschaftlich einzustufen sind.“*

Im Folgenden wird deshalb auf die vier zu Beginn dieses Kapitels genannten Hauptkriterien eingegangen:

- das Bestehen **privater Konkurrenz**;
- die **Finanzierungsstruktur** und eine damit zusammenhängende Gewinnerzielungsabsicht;
- die Einbettung des jeweiligen Angebots in das **staatliche Bildungssystem**;
- ein mögliches **besonderes staatliches Interesse** an dem konkreten Angebot.

Die drei Kriterien "Natur, Finanzierungsstrukturen und die Existenz konkurrierender privater Organisationen" sind nicht kumulativ zu verstehen. Vielmehr ist die Relevanz jedes Kriteriums einzelfallabhängig.

Da sich diese Gerichts- und Kommissionsbeschlüsse allerdings vor allem auf Bildungsangebote im Allgemeinen beziehen, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit sagen, wie ihre Kriterien in Bezug auf Weiterbildungsangebote ausgelegt würden. Insbesondere bleibt die Rangfolge der herausgearbeiteten Kriterien unbestimmt.

### **Konkurrierende private Organisationen**

Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zum Unternehmensbegriff kann es für die Einstufung von Weiterbildungsangeboten staatlicher Hochschulen darauf ankommen, ob das jeweilige Angebot auf dem Markt im Wettbewerb zu anderen Wirtschaftsteilnehmern angeboten wird. Ein Weiterbildungsangebot, das nicht in (wenigstens potenzielle) Konkurrenz zu privaten Organisationen tritt, hat EU-beihilferechtlich keine Bedeutung und ist deshalb eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit. Dies ergibt sich bereits aus allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Überlegungen, da der Schutz des Wettbewerbs vor Verzerrungen eine wesentliche Funktion des EU-Beihilferechts darstellt. Daher dürften die europäischen Organe geneigt sein, diesem Kriterium bei der Einordnung von Weiterbildung besondere Bedeutung beizumessen (Marwedel, 2014<sup>[28]</sup>). DAWI-Mitteilung und die Bekanntmachung der EK zum Beihilfebegriff sprechen hier noch genauer von der „Existenz konkurrierender privater Organisationen“.

Der EuGH hat betont, dass die Konkurrenz zu anderen Wirtschaftsteilnehmern selbst dann wirtschaftliche Tätigkeiten begründen kann, wenn die jeweiligen Güter oder Dienstleistungen ohne die Absicht der Gewinnerzielung angeboten werden (ECJ, 2006<sup>[3]</sup>)<sup>28</sup>. Dies unterstreicht die erhebliche Bedeutung, die das Gericht dem Kriterium des Wettbewerbs beimisst. Es lässt sich deshalb sehr gut vertreten, dass die EK ein Weiterbildungsangebot als wirtschaftlich einstufen würde, sobald es auf einem relevanten Markt im

Sinne des EU- Wettbewerbsrechts in Konkurrenz zu den Angeboten anderer Wirtschaftsteilnehmer tritt (EC, 1997<sup>[29]</sup>) (Marwedel, 2014<sup>[28]</sup>).

### **Finanzierungsstruktur und Gewinnerzielungsabsicht**

Ein zweites wichtiges Kriterium stellt die Finanzierungsstruktur des jeweiligen Weiterbildungsangebots dar. Eine (mindestens) im Wesentlichen staatliche Finanzierung spricht für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit (so zuerst der EuGH in der Sache Wirth, siehe oben Kasten 3.1), wobei in Ermangelung einer hinreichend klaren Rechtsprechung aber auch nicht ausgeschlossen ist, dass der wirtschaftliche Charakter auch trotz einer überwiegenden staatlichen Finanzierung gegeben sein kann.

Weder der EuGH noch die EK geben vor, von welchem staatlichen Finanzierungsanteil an von einer im Wesentlichen staatlichen Finanzierung gesprochen werden kann. In der Literatur zur Weiterbildung wird vertreten, dass eine staatliche Finanzierungsquote von über 50 % der Vollkosten für einen bestimmten Kurs als „wesentlich“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung anzusehen sei (Marwedel, 2014<sup>[28]</sup>). Hierfür spricht, dass bei zwei möglichen Finanzierungsquellen die „wesentliche“ Finanzierungsquelle schon dem Wortlaut nach mehr als die Hälfte der Gesamtfinanzierung ausmachen muss. Bei einer staatlichen Finanzierungsquote von höchstens 50 % läge demnach keine im Wesentlichen staatliche Finanzierung vor.

Es könnte dann aber zugunsten einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit immer noch angeführt werden, dass ein Weiterbildungsangebot ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben werde. Also zwar mindestens zur Hälfte privat finanziert, aber insgesamt nur kostendeckend (Marwedel, 2014<sup>[28]</sup>). Dies birgt jedoch ein gewisses rechtliches Risiko. Denn der EuGH hat das Verhältnis der Finanzierungsquote zur Gewinnerzielungsabsicht nie geklärt. Die EK hat fehlende Gewinnerzielungsabsicht als Argument für nichtwirtschaftliche Tätigkeit aufgegriffen. Dies in starkem Zusammenhang zur Einbettung ins staatliche Bildungssystem. Daraus wird auch deutlich, dass es problematisch ist, die Abgrenzungskriterien isoliert voneinander zu betrachten.

Nach dem tätigkeitsbezogenen Ansatz des EU-Beihilferechts ist stets die Finanzierungsstruktur *einzelner Weiterbildungsangebote* zu prüfen. Die Rechtsprechung des EuGH zum Dienstleistungsbegriff (Kasten 3.1) stellt zwar in erster Linie darauf ab, dass das nationale Bildungssystem in der Regel durch den Staatshaushalt finanziert wird. Sie bezieht sich hierbei regelmäßig auf die jeweilige Bildungseinrichtung als gesamte Organisation. Die EK geht jedoch, gerade im FuE-Rahmen, von einer EU-beihilferechtlichen Unterscheidung einzelner Tätigkeiten aus. Da der beihilfenrechtliche Unternehmensbegriff nicht nach Rechtsformen, sondern wirtschaftlichen Einheiten differenziert, ist dem zu folgen.

### **Einbettung in das staatliche Bildungssystem („Natur“ der Dienstleistung)**

Die Einbettung in das jeweilige staatliche Bildungssystem ist ein weiteres Kriterium, das insbesondere durch die EK verwendet wird. Sie spricht auch von der „Natur“ der jeweiligen Bildungsdienstleistung (siehe oben Kasten 3.3).

Im Grundsatz ist festzustellen, dass ein Bildungsangebot desto eher nichtwirtschaftlich ist, je stärker die Einbettung in das staatliche Bildungssystem und dessen Regelwerk ausfällt. Dies ist besonders deutlich geworden im Kommissionsbeschluss zum tschechischen Prerov Logistics College (EC, 2006<sup>[23]</sup>), die Kriterien darlegte, die für eine solche Einbettung sprachen. Es ging dabei um die staatliche Erlaubnis, als tertiäre Bildungseinrichtung aufzutreten und einen bestimmten Studiengang anzubieten. Außerdem fiel besonders ins Gewicht die geringe Handlungsfreiheit, sonstige Aktivitäten zu entfalten. Hinsichtlich der wissenschaftlichen Weiterbildung an staatlichen Hochschulen spricht einiges für eine nichtwirtschaftliche „Natur“. Es handelt sich um die Erfüllung eines staatlichen Weiterbildungsauftrags durch staatliche Einrichtungen, die staatlicher Anerkennung unterliegen und staatlicher Aufsicht unterstehen. Teilweise

werden staatliche Abschlüsse verliehen (Master-Abschlüsse). Auch bei der Zusammenarbeit mit außerhochschulischen Einrichtungen bleiben etwa in Brandenburg die Hochschulen für Inhalte und Prüfungen verantwortlich (§ 25 Abs. 4 BbgHG).

### **Besonderes öffentliches Interesse**

Schließlich ist auch das Kriterium des öffentlichen Interesses gesondert in den Blick zu nehmen. Ausdrücklich führt der KMK-Leitfaden dieses Kriterium auf. Der EuGH und die EK nennen das besondere öffentliche Interesse hingegen nicht als gesondertes Kriterium. Die Einbettung in das staatliche Bildungssystem und eine im Wesentlichen öffentliche Finanzierung stehen jedoch in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse des jeweiligen Mitgliedstaats. Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, dass das besondere öffentliche Interesse an Weiterbildungsangeboten in der Rechtsprechung des EuGH und der Praxis der EK künftig eine wichtigere Rolle spielen wird.

Das Kriterium des besonderen öffentlichen Interesses ist verhältnismäßig unscharf, wie die Diskussion des KMK-Leitfadens gezeigt hat. Denn aufgrund entsprechender politischer Ziele (siehe Kapitel 1) und Rechtsvorschriften liegt Bildung, gerade auch Weiterbildung, stets in öffentlichem Interesse. Sollte dieses Kriterium in Zukunft auch im EU-Beihilferecht bestimmend werden, würde also der Spielraum der Staaten zur Finanzierung von Weiterbildung sich stark erweitern. Es ist aber offen, ob die EK hierfür von dem „handfesten“ Kriterium der Finanzierungsstruktur abrücken würde.

### **Rangfolge der Abgrenzungskriterien**

Die Tatsache, dass es mehrere Abgrenzungskriterien gibt, stellt sich hier das Problem der Rangfolge. Aus den Veröffentlichungen und Beschlüssen der EK lässt sich nicht sicher ableiten, ob eine staatliche Finanzierung auch dann eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit begründen kann, wenn das betreffende Angebot in Konkurrenz zu privaten Organisationen steht. Das ausdrückliche Ziel der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch das EU-Beihilferecht spricht dafür, dass im Grundsatz eine öffentliche Finanzierung keine nichtwirtschaftliche Tätigkeit begründen kann, wenn das öffentlich finanzierte Angebot in Konkurrenz zu den Angeboten privater Organisationen steht. Diese Unklarheit bezüglich der Rangfolge der Kriterien stellt auch (Marwedel, 2014<sup>[28]</sup>) fest. Für ihn ist die Konkurrenz durch private Organisationen jedoch ebenfalls das wichtigste Kriterium, wenn auch kein Ausschlusskriterium:

*„Ist also eine deutliche Konkurrenz durch private Organisationen gegeben, könnte die Kommission die Beanstandung staatlicher Zuschüsse für die universitäre Weiterbildung auch dann erwägen, wenn die Finanzierungsstruktur und die Natur des Bildungsangebots eigentlich eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit. In den Bereichen, in denen vergleichbare Konkurrenzangebote bestehen, ist daher grundsätzlich von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen. Mit gewichtigen Gegenargumenten bezüglich der Finanzierungsstruktur und ggf. der Natur der Bildungsdienstleistung kann hier aber dennoch im Einzelfall die Einordnung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit begründet werden.“ (Marwedel, 2014<sup>[28]</sup>).*

## **Weitere Tatbestandsvoraussetzungen des Beihilfeverbots**

Die wirtschaftliche Tätigkeit löst für sich allein genommen noch nicht das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV aus. Weitere Tatbestandsmerkmale müssen erfüllt sein. Für die nachfolgenden Ausführungen wird eine solche Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit unterstellt. Dazu wird zunächst ausgeführt, ob eine geeignete **Preisgestaltung** das Beihilfeverbot – mithin das weitere Tatbestandsmerkmal der „**Begünstigung**“ – auf der Seite der anbietenden Hochschule oder einer kooperierenden Weiterbildungseinrichtung entfallen lassen könnte. Daran anschließend wird das Tatbestandsmerkmal der **Marktverzerrung** und **Wettbewerbsverfälschung** für staatlich geförderte Weiterbildungsangebote beleuchtet.

## ***Begünstigung und marktangemessene Gegenleistung durch Preisgestaltung***

Führt die Einordnung des Weiterbildungsangebots in seiner konkreten Umsetzung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Hochschule, kann trotzdem der EU-Beihilfetatbestand entfallen, wenn keine Begünstigung eines Unternehmens vorliegt.

Hierbei ist zunächst zu differenzieren zwischen den verschiedenen Ebenen des EU-Beihilferechts. Begünstigtes Unternehmen kann entweder der Hochschule selbst sein oder eine Weiterbildungseinrichtung als Dritte.

Eine unmittelbare Beihilfe auf der „ersten Ebene“ an die wirtschaftlichen tätige Hochschule kommt in Betracht, wenn die Hochschule mit Hilfe staatlich finanzierter Infrastruktur und Personalstärke ihre Weiterbildungsmaßnahmen anbietet, die eingenommen Entgelte jedoch den tatsächlichen finanziellen Aufwand nicht decken und nicht in entsprechender Höhe zurückgeführt werden können.

Auch auf der sogenannten „zweiten Ebene“ kann eine mittelbare staatliche Beihilfe vorliegen. So kann eine Organisationen, die Weiterbildung anbieten und nicht teil des Hochschulbetriebs selbst ist, ein Weiterbildungsangebot aufgrund von vertraglicher Kooperationen mit einer Hochschule und einem gewerblichen Weiterbildungsbetrieb oder einer hochschulgetragenen gemeinnützigen Gesellschaft anbieten. Die Hochschulen würden dann auch selbst unternehmerisch tätig werden, wenn sie dem Dritten ihre Infrastrukturen zur Verfügung stellen. EU-beihilferechtlich ist das (nur) irrelevant, wenn die Hochschule für diese unternehmerische Tätigkeit ein marktangemessenes Entgelt für den Weiterbildungsbetrieb erhält. Dies gilt gleichermaßen für das Verhältnis der Hochschule zu eigenen Tochtergesellschaften, die Weiterbildung (unter engen Voraussetzungen) auch in Zusammenarbeit mit Weiterbildungseinrichtungen außerhalb des Hochschulbereichs anbieten (Im Land Brandenburg ist dies in § 25 Abs. 4 BbgHG geregelt).

Dieses Kapitel legt die Bedingungen für ein solches marktangemessenes Entgelt insbesondere für den Fall der Zusammenarbeit mit Dritten – gewerbliche Betriebe und/oder Tochtergesellschaften – dar. Dies beruht auch darauf, dass brandenburgische Hochschulen gemäß § 25 Abs. 4 BbgHG im Bereich der Weiterbildung mit außerhochschulischen Einrichtungen kooperieren dürfen.

### *Marktangemessenheit*

Wie dargelegt, ist eine staatliche Leistung für eine wirtschaftliche Tätigkeit (nur) dann keine Begünstigung, wenn hierfür eine marktübliche Gegenleistung gezahlt wird. Eine Leistungserbringung zum Marktpreis kann nach dem FuE-Rahmen keine Begünstigung und damit keine Beihilfe sein. Somit ist zunächst im Einzelfall zu prüfen, ob beispielsweise die Überlassung der Infrastruktur an ein Unternehmen oder der Einsatz des Hochschulpersonals zur Umsetzung des Weiterbildungsangebotes zum Marktpreis erfolgt.

Sofern ein Marktpreis nicht existiert, ist ein Entgelt angemessen, das den Gesamtkosten der Dienstleistung entspricht und im Allgemeinen eine Gewinnspanne umfasst, die sich an den Gewinnspannen orientiert, die von den im Bereich der jeweiligen Dienstleistung tätigen Unternehmen im Allgemeinen angewandt werden. Zur Frage nach der Deckung der Gesamtkosten einschließlich einer angemessenen Gewinnspanne hatte der EuGH gefordert, dass zum Ausschluss des Vorliegens einer Beihilfe die entrichtete Vergütung die folgenden drei Elemente abdecken muss: i) alle variablen Zusatzkosten der Leistungserbringung, ii) einen angemessenen Beitrag zu den Fixkosten der Infrastruktur und iii) eine angemessene Vergütung des eingesetzten Eigenkapitals (ECJ, 2003<sup>[30]</sup>; Bartosch, 2016<sup>[19]</sup>)<sup>29</sup>.

Lediglich alternativ ist ein Entgelt angemessen, das das Ergebnis von nach dem „Arm’s-length-Prinzip“ geführten Verhandlungen ist, bei denen die Forschungseinrichtung oder die Forschungsinfrastruktur in ihrer Eigenschaft als Dienstleister verhandelt, um zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den maximalen wirtschaftlichen Nutzen zu erzielen, wobei sie zumindest ihre Grenzkosten deckt. Unter Grenzkosten versteht die Betriebswirtschaftslehre die leistungsspezifischen Zusatzkosten, also die Kosten, die pro

zusätzlich erbrachter Dienstleistung anfallen (Bartosch, 2016<sup>[19]</sup>)<sup>30</sup>. Das „Arm’s-length-Prinzip“ bedeutet gemäß Ziffer 15 lit. f des FuE-Rahmens,

*„dass die Bedingungen des Rechtsgeschäfts zwischen den Vertragsparteien sich nicht von jenen unterscheiden, die bei einem Rechtsgeschäft zwischen unabhängigen Unternehmen festgelegt werden würden, und dass keine wettbewerbswidrigen Absprachen vorliegen. Wenn ein Rechtsgeschäft auf der Grundlage eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens geschlossen wird, wird davon ausgegangen, dass es dem Arm’s-Length-Prinzip entspricht.“ (EC, 2014<sup>[31]</sup>).*

### *Zulässigkeit von Pauschalen*

Für eine marktangemessene Gegenleistung können auch Pauschalen vereinbart werden.

Das EU-Beihilferecht nimmt dazu nicht klar Stellung. Rn. 21 des FuE-Rahmens formuliert lediglich:

*„Wenn Forschungseinrichtungen oder Forschungsinfrastrukturen zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten genutzt werden (z. B. Vermietung von Ausrüstung oder Laboratorien an Unternehmen, Erbringung von Dienstleistungen für Unternehmen oder Auftragsforschung), so gilt unbeschadet der Randnummer 20, dass die öffentliche Finanzierung dieser wirtschaftlichen Tätigkeiten grundsätzlich als staatliche Beihilfe angesehen wird.“ (EC, 2014<sup>[31]</sup>).*

In die gleiche Richtung geht die Rn. 25 des FuE-Rahmens, insbesondere dort die Formulierungen in den Aufzählungen:

*„a) Die Forschungseinrichtung oder die Forschungsinfrastruktur erbringt ihre Forschungsdienstleistungen oder Auftragsforschung zum Marktpreis.*

*b) Wenn es keinen Marktpreis gibt, erbringt die Forschungseinrichtung oder die Forschungsinfrastruktur ihre Forschungsdienstleistung oder Auftragsforschung zu einem Preis, der*

*- den Gesamtkosten der Dienstleistung entspricht und im Allgemeinen eine Gewinnspanne umfasst, die sich an den Gewinnspannen orientiert, die von den im Bereich der jeweiligen Dienstleistung tätigen Unternehmen im Allgemeinen angewandt werden, oder*

*- das Ergebnis von nach dem Arm’s-length-Prinzip geführten Verhandlungen ist, bei denen die Forschungseinrichtung oder die Forschungsinfrastruktur in ihrer Eigenschaft als Dienstleister verhandelt, um zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den maximalen wirtschaftlichen Nutzen zu erzielen, wobei sie zumindest ihre Grenzkosten deckt.“ (EC, 2014<sup>[31]</sup>).*

Der Wortlaut stellt auf die Kalkulation der „Forschungsdienstleistung“, nicht der „Forschungsdienstleistungen“ ab. Die Betonung auf dem Singular legt den Schluss nahe, dass jede einzelne wirtschaftliche Tätigkeit einer Hochschule danach den vorgenannten Kalkulationskriterien entsprechen muss, da ansonsten ein Verstoß gegen das EU-Beihilferecht vorliegen würde.

Indes würde eine solche Betrachtung weder dem rechtlichen noch dem wirtschaftlichen Rahmen gerecht werden. In rechtlicher Hinsicht wäre dies deswegen zweifelhaft, weil ressourcenintensive Projekte und Weiterbildungsmaßnahmen (etwa die Nutzung von Maschinen und Laboren) voraussichtlich auch mit höheren „Rechnungsbeträgen“ in Form von Teilnahmebeträgen oder Kursgebühren an die Teilnehmer der Maßnahme, die die Weiterbildung nachfragen, verbunden sind. Wenn die Pauschalen für kostenintensivere Weiterbildungsmaßnahmen verhältnismäßig den abgeführten Kosten der Weiterbildungseinrichtung an die Hochschule für Weiterbildungsmaßnahmen entsprechen und sich in den Gesamtkosten der Hochschule anteilig wiederfinden, scheinen Pauschalbeträge für Weiterbildungsmaßnahmen gut vertretbar EU-beihilferechtlich möglich. Damit kann das kostenintensive Einzelprojekt wiederum auch den o.g. Kalkulationsanforderungen entsprechen. Mithin kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass eine Pauschale per se EU-beihilferechtswidrig ist<sup>31</sup>.

Das EU-Beihilferecht ist vielmehr eine Rechtsmaterie, die notwendigerweise durch die wirtschaftliche Realität ausgefüllt wird. Das bedeutet: Das EU-Beihilferecht gibt einen Rahmen vor, den die wirtschaftliche Realität an Hochschulen und Forschungseinrichtung ausfüllen, aber nicht überschreiten darf. Es gibt daher auch keine Vorgaben des EU-Beihilferechts zu wirtschaftlichen Kennzahlen, etwa zu der Höhe von Gewinnzuschlägen, weil sich wirtschaftliche Realitäten je nach Mitgliedsland, Hochschule oder Forschungseinrichtung stark unterscheiden können.

Daneben folgt das EU-Beihilferecht auch insofern einem wirtschaftlichen Ansatz. Nicht im Vordergrund steht für das EU-Beihilferecht die Frage, wie die einzelnen kalkulatorischen Einzelschritte erfolgen, sondern ob sie im Ergebnis zu einer verursachungsrechten Kostenkalkulation führen und die oben genannten Rahmenbedingungen einhalten. Dies impliziert auch, dass die Regelungen des FuE-Rahmens zur Trennungsrechnung nur eine grobe Orientierung bieten. Sie sind Rahmen, die eingehalten werden müssen, aber nicht die Ausgestaltung im Konkreten vorzeichnen.

Mit anderen Worten: Die Hochschulen haben die Freiheit, innerhalb dieser Grenzen zu entscheiden, wie sie arbeiten, solange sie die Grenzen nicht überschreiten.

Orientiert an diesen wirtschaftlichen Realitäten, sind sachgerecht ermittelte Pauschalen, wie sie in der Praxis praktiziert werden, nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn sie zu den Rechtsrahmen einhaltenden Ergebnissen führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie eine verursachungsgerechte Umlegung von Kosten für die Inanspruchnahme auf Ressourcen zwischen der Hochschule und den an der Weiterbildungsmaßnahme Teilnehmenden oder den zwischengeschalteten Dritten zur Folge haben. Im Anhang A wird dargestellt, wie die Hochschulen die Kostenrechnung umsetzen könnten, um die hier erörterten Rahmenvorgaben zu erfüllen.

### *Zwischenergebnis*

Eine Begünstigung und damit der Beihilfetatbestand kann entfallen, wenn die Hochschule ein marktangemessenes Entgelt verlangt. Ist der Marktpreis nicht bekannt, sind für solche Leistungen die Vollkosten inklusive eines angemessenen Gewinnaufschlags in Rechnung zu stellen. Alternativ ist ein Entgelt angemessen, das das Ergebnis von nach dem Arm's-length-Prinzip geführten Verhandlungen ist, bei denen die Forschungseinrichtung oder die Forschungsinfrastruktur in ihrer Eigenschaft als Dienstleister verhandelt, um zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den maximalen wirtschaftlichen Nutzen zu erzielen, wobei sie zumindest ihre Grenzkosten deckt.

Bei der Bestimmung der marktangemessenen Gegenleistung sind folgende Punkte bei der Zusammenarbeit mit einem Unternehmen im Rahmen von Weiterbildung besonders zu beachten:

- **Erstens:** Eine pauschale Abrechnung der marktangemessenen Gegenleistung erscheint EU-beihilferechtlich nicht ausgeschlossen. Eine solche Pauschale setzt aber ihre laufende Vor- und Nachkalkulation voraus, also ihre Plausibilisierung in einem periodischen Zeitrahmen und regelmäßige Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der Pauschalsätze.
- **Zweitens:** Um diese Plausibilisierung vornehmen zu können, ist im Falle einer Kooperation mit einem Drittunternehmen eine Transparenz zwischen der Hochschule und dem Unternehmen, mit dem die Hochschule im Rahmen der Weiterbildung zusammenarbeitet, zwingend erforderlich.
- **Drittens:** Die Plausibilisierung der Kalkulation setzt voraus, dass auf der Ebene des Unternehmens nach den vorgenannten Grundsätzen die tatsächliche Inanspruchnahme von Ressourcen der Hochschule – und nicht lediglich die kalkulierte – in einem zumutbaren Maße erfasst werden und in einer Art und Weise der Hochschule offengelegt werden, die dort eine Plausibilisierung zulassen, sowohl hinsichtlich des Umfangs der Inanspruchnahme der hochschulischen Ressourcen wie auch die Art und Weise, wie die Ressourcennutzung überhaupt erfasst wird.

## **Wettbewerbsverzerrung und Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels**

Eine Marktverzerrung und eine daraus folgende Wettbewerbsverfälschung stellt eine Tatbestandsvoraussetzung des Beihilfeverbots dar. Für diese kommt es auf ein mögliches Wettbewerbsverhältnis zu anderen Marktteilnehmern an. Dies ist auch bei einem gemeinnützigen Unternehmen gegeben, welches in Konkurrenz zu anderen – gewinnorientierten – privaten Unternehmen tätig wird oder potenziell tätig werden kann (EC, 1998<sub>[32]</sub>) (EC, 1998<sub>[33]</sub>).<sup>32</sup>

Die Frage nach einer potenziellen Wettbewerbsverfälschung wurde einleitend ebenfalls an den Punkt der Einordnung einer Tätigkeit der Hochschule als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich angeknüpft. Steht die Tätigkeit der Hochschulen, also das Weiterbildungsangebot, in deutlicher Konkurrenz zu privaten Weiterbildungseinrichtungen, steht die Einordnung einer eigentlich nichtwirtschaftlichen Tätigkeit als wirtschaftliche im Raum. Dies gilt nicht, wenn ohnehin keine potenzielle Wettbewerbssituation eintreten kann, es mithin keinen Markt für das Angebot gibt.

Sofern jedoch für den potenziellen „Nutzer“ oder „Kunden“ eine gleichwertige Möglichkeit besteht, die verschiedenen Weiterbildungsangebote äquivalent gegeneinander auszutauschen mit demselben Ausbildungserfolg (Zertifizierungen, Abschlusszeugnisse, Zulassungsbescheinigungen), zeichnet sich bei staatlicher Bezuschussung der Hochschulangebote und der damit einhergehenden Vergünstigung der Weiterbildungsmaßnahmen eine Verzerrung des Marktes zu Gunsten der geförderten Weiterbildungsangebote ab.

Als eigenständiges Tatbestandsmerkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV dient das Tatbestandsmerkmal der Marktverzerrung oder der Wettbewerbsverfälschung zudem insbesondere dazu, ein Weiterbildungsangebot im Einzelfall in den für eine Beihilferelevanz notwendigen zwischenmitgliedstaatlichen Kontext zu setzen.

Eine Marktverzerrung ergibt sich jedoch nicht per se aus dem Vorliegen einer Begünstigung (dazu zuvor), sondern ist erst dann anzunehmen, wenn eine Wettbewerbsbeeinflussung mittels Marktpositionsverbesserung durch einen unmittelbar Begünstigten oder einen Dritten zum Nachteil eines anderen Marktteilnehmers, Konkurrenten, voraus (Lux-Wesener/Kamp, 2009<sub>[34]</sub>)<sup>33</sup>.

Sofern die Hochschulen nun aufgrund ihrer Förderung durch öffentliche Gelder oder durch Nutzung öffentlicher Ressourcen ihre jeweiligen marktgängigen Weiterbildungsangebote preisgünstiger anbieten können als Wettbewerber, könnte im Ergebnis eine (potenzielle) Beeinflussung des Wettbewerbes vorliegen. Nach Auffassung des EuGH ist für das Vorliegen des Tatbestands der Marktverzerrung kein genereller oder deutlicher Effekt auf den Markt erforderlich, lediglich das Potenzial der Beeinflussung eröffnet bereits den Tatbestand der Handelsbeeinflussung (ECJ, 2000<sub>[35]</sub>) (Soltész, 2011<sub>[36]</sub>)<sup>34</sup>.

Eine Einordnung der öffentlich angebotenen Weiterbildungsmaßnahmen der Hochschulen in den Bundesländern wird mithin bei einer Vielzahl der Fälle notwendig.

Hinzu kommt auf der tatbestandlichen Ebene das Merkmal der grenzüberschreitenden Tendenz im Rahmen der Marktbeeinflussung. Konkret stellt sich hierbei die Frage nach der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Die dementsprechend grundsätzlich vorausgesetzte Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden und zwischenstaatlichen Handels entfällt lediglich dann, wenn sich bei der geförderten wirtschaftlichen Tätigkeit um eine ausschließlich lokal agierenden oder nutzbare Weiterbildungsmaßnahme mit regional beschränkter Wirkung handelt (EC, 2012<sub>[11]</sub>)<sup>35</sup>. Beispielhaft soll an dieser Stelle auf das Vorbild der Prerov Logistics College insgesamt zurückgegriffen werden, die ausschließlich Kurse in tschechischer Sprache mit regional ausgerichtetem Interesse anbot. Grenzüberschreitende Einschreibungen von Studierenden war aufgrund der geografischen Lage im Kernland zudem nicht zu erwarten. Deshalb führte die EK aus, dass die staatliche Förderung der Privatschule keinen Einfluss auf den (grenzüberschreitenden) Handel zwischen den Mitgliedstaaten hätte, selbst wenn man unterstellte, dass der Unternehmensbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt wäre (EC, 2006<sub>[23]</sub>)<sup>36</sup>.

Jedenfalls treten dann potenziell grenzüberschreitende Angebote ohne Möglichkeit der Erlangung eines staatlichen Hochschulabschlusses auf dem privaten Weiterbildungsmarkt in eine Wettbewerbssituation ein, sodass auch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung als letztes Merkmal des Beihilfentatbestandes als eindeutig erfüllt zu sehen wäre. Gleiches gilt, wenn die Stellung des Weiterbildungsangebots ohne gleichwertige finanzielle Gegenleistung gewährt werden sollte.

Lediglich dann, wenn keine überregionale grenzüberschreitende Wettbewerbssituation – auch nicht potenziell – vorliegen könne, kann auch bei wirtschaftlicher Tätigkeit der Hochschulen eine Marktverzerrung oder Wettbewerbsverfälschung (Handelsbeeinträchtigung) ausgeschlossen werden.

### **Rechtfertigungsmöglichkeiten und Ausnahmen vom Beihilfeverbot**

Erfüllt ein Weiterbildungsangebot alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV, greift das Beihilfeverbot. Trotzdem kommen weitere Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, um Ausnahmen vom EU-Beihilfeverbot zu nutzen. Im Einzelnen sind dies die Freistellung der Beihilfe gemäß der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO), die Einstufung als „De-minimis-Beihilfe“, die Erfüllung der sogenannten 20 %-Klausel und die Gestaltung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Alle vier in Betracht kommenden Ausnahmen werden im Folgenden dargestellt.

#### *Freistellung der Beihilfe gemäß der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)*

Im Einzelfall kann ein Weiterbildungsangebot, das die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt gleichwohl nach der Verordnung (EU) 651/2014 vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, AGVO) vom Beihilfeverbot freigestellt sein. Die Anforderungen sind jedoch streng, so dass hier Unsicherheiten verbleiben. Im Einzelnen ist Folgendes sicherzustellen:

Zunächst sind die allgemeinen Anforderungen der AGVO zu beachten, welche in Kapitel I und Kapitel II (Art. 1 bis 12 AGVO) dargestellt sind. Dies bedeutet im Einzelnen:

- Beihilfen müssen „transparent“ sein, Art. 5 AGVO. Die AGVO stellt dazu darauf ab, ob sich das „Bruttosubventionsäquivalent“ ohne eine Risikobewertung berechnen lässt. Nach der AGVO gelten bestimmte Formen einer Beihilfe grundsätzlich als transparent (Art. 5 Abs. 2 AGVO). Handelt es sich u.a. um Zuschüsse, Zinszuschüsse, Garantien, Risikofinanzierungsmaßnahmen oder Beihilfen zu Unternehmensneugründungen gelten diese als „transparent“ i.S.d. AGVO.
- Beihilfen müssen einen Anreizeffekt haben, Art. 6 AGVO. Beihilfen sollen gerade nicht für die Tätigkeiten gewährt werden, die ein Empfänger auch ohne Beihilfe unter Marktbedingungen durchführen würde.
- Beihilfen dürfen die Anmeldeschwellen des Art. 4 AGVO nicht überschreiten und müssen entsprechend dem Verfahren in Art. 9 und 11 AGVO angezeigt und veröffentlicht werden.

Erfüllt eine Beihilfe die aufgeführten Anforderungen, kann geprüft werden, ob einer der besonderen Tatbestände des Kapitel III der AGVO erfüllt ist.

Mit Blick auf Beihilfen für Weiterbildungsangebote, könnten insbesondere die folgenden Tatbestände von Interesse sein: Ausbildungsbeihilfen (Art. 31 AGVO), Beihilfen zum Ausgleich der Kosten für die Unterstützung benachteiligter Arbeitnehmer (Art. 35 AGVO), Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes (Art. 53 AGVO) oder Anlaufbeihilfen (Art. 22 AGVO)<sup>37</sup>. Dazu im Einzelnen in Kasten 3.4.

### Kasten 3.4. Freistellung der Beihilfe gemäß der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)

#### Ausbildungsbeihilfen

Art. 31 AGVO sieht die Freistellung für Beihilfemaßnahmen vor, die die Aus- und Weiterbildung von Arbeitnehmern betreffen, ohne den Begriff Ausbildungsbeihilfe näher zu definieren. Die Freistellung ist 2014 aufgenommen worden, weil Unternehmen aus Angst vor einer Abwanderung der von ihnen qualifizierten Arbeitnehmer, vor einer weiteren – für die Gesellschaft im Ganzen vorteilhaften – Ausbildung ihrer Beschäftigten zurückschrecken könnten (Nowak, 2016<sub>[37]</sub>)<sup>38</sup>. Umfasst sind zunächst alle Formen von Beihilfen, die Ausbildungsmaßnahmen betreffen, ausgeschlossen sind aber Beihilfen zu gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildungsmaßnahmen (Art. 31 Abs. 2 AGVO), wie Sicherheitsschulungen, weil hier der durch die Beihilfen notwendige vermittelte Anreizeffekt fehlt (siehe Art. 6 AGVO; „sowieso- Kosten“) (Nowak, 2016<sub>[37]</sub>)<sup>39</sup>. Die Beihilfeintensität für Ausbildungsbeihilfen ist nach Art. 31 Abs. 4 AGVO auf 50 % beschränkt, wenn es sich nicht um

- Ausbildungsmaßnahmen von benachteiligten Arbeitnehmern (zusätzlich 10 %) und/oder;
- Beihilfen an mittlere Unternehmen (zusätzlich 10 %) oder;
- Beihilfen an kleine Unternehmen (zusätzlich 20 %) handelt;

und solange die Beihilfeintensität 70 % nicht überschreitet.

Beihilfefähige Kosten sind die Personalkosten für die Ausbilder (sowohl von externen als auch – anteilig – von im Unternehmen angestellten Ausbildern) (Bartosch, 2020<sub>[38]</sub>)<sup>40</sup>, die mit der Ausbildung verbundenen Kosten, die den Ausbildern entstehen (wie z.B. Reisekosten oder Materialien), Kosten für Beratungsdienste und die Personalkosten der Ausbildungsteilnehmer, während diese an der Fortbildung teilnehmen.

Bietet also eine Hochschule Aus- und Weiterbildungen an, die von Unternehmen genutzt werden, können einzelne Angebote von einer Freistellung profitieren und zu 50 % (bzw. maximal 70 %) durch eine Beihilfe gefördert werden. Dies könnte durch ein vergünstigtes Angebot einer Hochschule erfolgen, wenn alle einschlägigen Voraussetzungen des Kapitel I AGVO (insbesondere Transparenz, Art. 5 AGVO) gewahrt sind.

#### Benachteiligte Arbeitnehmer

Eine Freistellung auf Grundlage von Art. 35 AGVO kommt für Beihilfen zur Unterstützung benachteiligter Arbeitnehmer in Betracht. Diese Ausnahme konzentriert sich auf Beihilfen für zusätzliche Kosten, die durch die Unterstützung benachteiligter Arbeitnehmer entstehen. Für Weiterbildungsangebote von Relevanz könnte eine Beihilfe zur Ausbildung des für die Unterstützung von benachteiligten Arbeitnehmern benötigten Personals (Art. 35 Abs. 1 lit. b) AGVO) sein. Eine solche wäre unter der Voraussetzung der Einhaltung der in Kapitel I der AGVO aufgestellten allgemeinen Voraussetzungen vom Anwendungsbereich der AGVO umfasst.

#### Kulturelles Erbe

Eine Freistellung aufgrund von Art. 53 AGVO setzt voraus, dass die Beihilfe für die Erhaltung kulturellen Erbes geleistet wird.

Diese Ausnahme zielt insbesondere auf die Erhaltung kultureller Einrichtungen wie Museen, Theater oder Denkmälern. Umfasst sind aber auch Beihilfen für die Erhaltung des immateriellen Erbes, wie Brauchtum und Handwerk (Art. 53 Abs. 2 lit. c) AGVO), sowie Tätigkeiten im Bereich der kulturellen und künstlerischen Bildung (Art. 53 Abs. 2 lit. e) AGVO). Weiterbildungsangebote, die darauf zielen

kulturelle oder künstlerische Bildung anzubieten, könnten dementsprechend unter den Voraussetzungen des Kapitel 1 der AGVO und den weiteren Voraussetzungen in Arts. 53 ff. AGVO freigestellt werden.

So hatte die EK auch in 2018 eine Förderung für einen von einer privaten Hochschule angebotenen Bachelor im Fach Musik als von Art. 53 AGVO umfasst angesehen (EC, 2018<sup>[24]</sup>). Erwägungsgrund 72 der AGVO stellt jedoch klar, dass Tätigkeiten mit einem kulturellen (Teil-)Aspekt dann nicht umfasst sind, wenn sie überwiegend einen kommerziellen Charakter haben. Eine Freistellung aufgrund von Art. 53 AGVO käme demnach unter Voraussetzungen in Betracht, wenn es sich um Angebote der kulturellen oder künstlerischen Bildung handelte. Dies dürfte jedoch nur im Ausnahmefall auf ein hochschulisches Weiterbildungsangebot zutreffen.

### **Anlaufbeihilfe**

Eine Freistellung einer sogenannten Anlaufbeihilfe könnte *prima facie* für Fälle von Interesse sein, in denen das Weiterbildungsangebot von einem neu zu gründenden Unternehmen durchgeführt werden soll. Für eine Neugründung können gemäß Art. 22 Abs. 3 AGVO Kredite, Garantien und Zuschüsse gewährt werden, wobei hier nur die Zuschüsse in Form von Gesellschafterzuschüssen betrachtet werden. Zuschüsse dürfen grundsätzlich gewährt werden in Höhe von bis zu EUR 0,4 Mio. Bruttosubventionsäquivalent (BSÄ); je nach besonderer Konstellation/Fördergebiet nach Art. 107 AEUV ist auch eine Erhöhung möglich. Eine Erhöhung von bis zu EUR 600.000 ist bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen möglich, wenn der Zuschuss im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV *„die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete fördert, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.“*

Vorliegend ist es jedoch zweifelhaft, ob Weiterbildungsangebote einen Beitrag zur „Entwicklung“ gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV leistet. Denn dafür müssten sie einen Anreiz darstellen, unternehmerisches Verhalten in Richtung eines bestimmten, allgemein anerkannten wirtschafts-, sozial- oder umweltpolitischen Zieles zu lenken. Dieser könnte – wie aus Art. 31 AGVO und dem Erwägungsgrund 53 der AGVO gelesen werden kann – bereits darin liegen, dass Unternehmen auf Weiterbildungen setzen, welche gesamtgesellschaftlich positive Effekte haben. Dies ist aber nicht eindeutig.

Arbeitet die Hochschule im Rahmen der Weiterbildung mit einem Unternehmen zusammen, kann es zudem sein, dass die Hochschule und das Unternehmen als sogenannte „verbundene Unternehmen“ gelten und damit nach Art. 22 Abs. 1 AGVO nicht mehr unter den vorgenannten Regelbereich fallen. Dass dies der Fall ist, ist aufgrund der Regelungen im BbgHG naheliegend. „Verbundene Unternehmen“ sind nach Art. 3 Abs. 3 Anhang I der AGVO Unternehmen, die zueinander in einer der folgenden Beziehungen stehen:

- ein Unternehmen hält die Mehrheit der Stimmrechte der Anteilseigner oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens;
- ein Unternehmen ist berechtigt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums eines anderen Unternehmens zu bestellen oder abzurufen;
- ein Unternehmen ist gemäß einem mit einem anderen Unternehmen geschlossenen Vertrag oder aufgrund einer Klausel in dessen Satzung berechtigt, einen beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen auszuüben;
- ein Unternehmen, das Aktionär oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens ist, übt gemäß einer mit anderen Aktionären oder Gesellschaftern dieses anderen Unternehmens getroffenen Vereinbarung die alleinige Kontrolle über die Mehrheit der Stimmrechte von dessen Aktionären oder Gesellschaftern aus.

Nach § 25 Abs. 4 BbgHG besteht – wie dargestellt – die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit Einrichtungen der Weiterbildung außerhalb des Hochschulbereichs. Die Möglichkeiten der Hochschulen, sich der Weiterbildungsaufgabe durch eine Kooperation mit Einrichtungen außerhalb der Hochschulen vollständig zu entledigen, werden aber durch § 25 Abs. 4 BbgHG beschränkt (Herrmann, 2018<sup>[39]</sup>). Während der kooperierenden Einrichtung die organisatorische Durchführung und die Vermarktung des Weiterbildungsangebots übertragen werden können, bleiben die Hochschulen für Studieninhalte und Prüfungen verantwortlich. Zur Ermöglichung und Ausübung der Rechtsaufsicht ist eine Kooperationsvereinbarung dem für Hochschulen zuständigen Ministerium anzuzeigen. Die Hochschule hat also einen beherrschenden Einfluss auf die kooperierende Einrichtung auszugestalten und nachzuweisen, sodass nach Art. 3 Abs. 3 AGVO ein verbundenes Unternehmen vorliegen dürfte.

Ein Berufen auf eine Freistellung gemäß der AGVO erscheint im Bereich der Weiterbildung nur in engem Umfang rechtssicher möglich, wenngleich die bestehenden Räume genutzt werden sollten..

Quellen: Nowak (2016<sup>[37]</sup>) in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Edition; Bartosch (2020<sup>[38]</sup>), EU-Beihilfenrecht, 3. Edition; EC (2018), EC decision of 08.11.2018, State aid. 43700 (2018/NN) / C(2018) 7215; Herrmann (2018<sup>[39]</sup>) in: Knopp/Peine/Topel (2018), Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Auflage, § 25 Rn. 12.

### *Einstufung als „De-minimis-Beihilfe“*

Ein Berufen auf die Vorgaben der De-minimis-Verordnung erscheint im Bereich der wissenschaftlichen Weiterbildung nicht praxistgerecht. Nach Art. 3 Abs. 1 De-minimis-Verordnung werden Beihilfemaßnahmen, die die Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllen, als Maßnahmen angesehen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 AEUV erfüllen. Daher sind solche „De-minimis-Beihilfen“ von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen. Es bedarf also keines Notifizierungsverfahrens bei der EK; die Beihilfe darf „einfach so“ gewährt werden. Das Problem für die Praxis der Hochschulen liegt jedoch im zulässigen Höchstbetrag dieser Beihilfen. Der Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen von einem Mitgliedstaat gewährten De-minimis-Beihilfen darf aber nach Art. 3 Abs. 2 De-Minimis-Verordnung in einem Zeitraum von drei Steuerjahren EUR 200.000 nicht übersteigen. Dies dürfte in Bezug auf die Finanzierung von Weiterbildungsangeboten an Hochschulen eine zu niedrige Grenze sein.

### *Die 20 %-Klausel*

Eine weitere Ausnahme zum Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV bietet die sogenannte 20 %-Klausel des FuE-Rahmens (Rn. 20) für fast ausschließliche Nutzung einer Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten. Allerdings bestehen hier auch bestimmte Herausforderungen, vor allem, weil in der Rechtsprechung einige Fragen nicht geklärt ist. Insbesondere können Probleme deshalb entstehen, weil die unterjährige Steuerung (Vermeidung der Überschreitung einer 20 %-Quote an wirtschaftlicher Nutzung) als besonders anspruchsvoll erscheint. Eine weitere Schwierigkeit besteht im Anwendungsbereich diese Privilegierung in Bezug auf Weiterbildung.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der 20 %-Klausel trifft der FuE Rahmen nähere Angaben. Nach Ziffer 2.1.1. Rn. 20 des FuE-Rahmens gilt, dass bei fast ausschließlicher Nutzung einer Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten die EK befinden kann, dass unter den nachfolgenden Bedingungen keine Beihilfeprüfung stattfindet. Die wirtschaftliche Nutzung der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur muss **eine Nebentätigkeit** darstellen, die mit dem Betrieb der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur **unmittelbar verbunden** und **dafür erforderlich** ist. Ob die Weiterbildung diese Bedingungen erfüllt, erscheint zunächst fraglich.

Alternativ kann der Mitgliedsstaat aber auch nachweisen, dass ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten existiert<sup>41</sup>. Hier ließe sich anführen, dass im

Einzelfall zwischen den Inhalten eines Studiums und der darauf aufbauenden Weiterbildung ein untrennbarer Zusammenhang besteht.

In jedem Fall muss der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit begrenzt sein.

Die EK hat in Rn. 20 des FuE-Rahmens auch eine Vermutung festgehalten:

*„Für die Zwecke dieses Unionsrahmens geht die Kommission davon aus, dass dies<sup>42</sup> der Fall ist, wenn für die wirtschaftlichen Tätigkeiten dieselben Inputs (wie Material, Ausrüstung, Personal und Anlagekapital) eingesetzt werden wie für die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten und wenn für die wirtschaftlichen Tätigkeiten dieselben Inputs (wie Material, Ausrüstung, Personal und Anlagekapital) eingesetzt werden wie für die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten und wenn die für die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jährlich zugewiesene Kapazität nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der betreffenden Einrichtung bzw. Infrastruktur beträgt.“ (EC, 2014<sub>[31]</sub>).*

Die Voraussetzungen dieser Vermutung könnten Weiterbildungsangebote von Hochschulen im Grundsatz erfüllen und wären dann wohl – die Formulierung ist hier nicht ganz eindeutig – als Nebentätigkeit oder Tätigkeit in untrennbarem Zusammenhang zur Haupttätigkeit anzusehen. Pauschal lässt es sich jedoch nicht feststellen. Es kommt hier jeweils auf eine genaue Prüfung im Einzelfall an.

Hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der Kapazitätsgrenze von 20 % bestehen jedoch in der Praxis Unsicherheiten, die bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder durch die Rechtsprechung des EuGH noch durch Beschlüsse der EK einer Klärung zugeführt worden sind. Bislang liegen keine von der EK rechtsverbindlich verabschiedeten Kriterien ihrer Anwendung vor. Insbesondere ist offen, ob bezüglich der Kapazität als Bezugsgröße auf die Hochschule als ganze („Forschungseinrichtung“, Definition siehe Ziffer 15 lit. ee FuE-Rahmen) oder abgrenzbare Einheiten innerhalb der Hochschule („Forschungsinfrastruktur“, Definition siehe Ziffer 15 lit. ff FuE-Rahmen, worunter etwa auch Geräte, Archive und Infrastrukturen der Informations- und Kommunikationstechnologie fallen) abzustellen ist.

Die Kernfrage der Bezugsgröße lautet demnach: Kann sich eine einzelne Forschungseinrichtung in mehrere Untereinheiten, die jeweils Forschungsinfrastrukturen in diesem Sinne darstellen, unterteilen und muss dann für jede einzelne dieser „Untereinheiten“ die 20 %-Grenze gelten – oder ist der Blick auf die Forschungseinrichtung „als Einheit“ zu richten?

In jedem Fall ist eine Trennungsrechnung durchzuführen, um das Nicht-Überschreiten der Grenze belegen zu können. Die unter das 20 %-Kriterium fallenden wirtschaftlichen Tätigkeiten sind in der Trennungsrechnung als „privilegierte wirtschaftliche Tätigkeiten“ gesondert auszuweisen (KMK, 2017<sub>[27]</sub>). In Bezug auf die Bagatellgrenze bei einer gemischten Nutzung von Infrastruktur für nichtwirtschaftliche und wirtschaftliche Tätigkeiten heißt es in Ziffer 207 der Bekanntmachung der EK zum Beihilfebegriff:

*„Wenn die Infrastruktur im Falle einer gemischten Nutzung fast ausschließlich für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, kann ihre Finanzierung nach Auffassung der Kommission ganz aus dem Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften herausfallen, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt, d. h., wenn sie unmittelbar mit dem Betrieb der Infrastruktur verbunden und dafür erforderlich ist oder in untrennbarem Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit steht. Davon ist auszugehen, wenn für die wirtschaftliche Tätigkeit die gleichen Produktionsfaktoren (zum Beispiel Materialien, Ausrüstung, Personal und Anlagevermögen) erforderlich sind wie für die nichtwirtschaftliche Haupttätigkeit. Die Inanspruchnahme der Kapazität der Infrastruktur durch wirtschaftliche Nebentätigkeiten muss in ihrem Umfang begrenzt bleiben. Als Beispiele für solche wirtschaftlichen Nebentätigkeiten sind unter anderem Forschungseinrichtungen anzuführen, die gelegentlich ihre Ausrüstungen und Labors an Partner aus der Industrie vermieten. Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass übliche Zusatzleistungen (wie Restaurants, Geschäfte oder bezahlte Parkplätze) von fast ausschließlich für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten genutzten Infrastrukturen sich in der Regel nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken, weil unwahrscheinlich ist, dass diese üblichen Zusatzleistungen Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anziehen würden und dass ihre Finanzierung mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen haben dürfte.“ (EC, 2016<sub>[40]</sub>).*

Diese Beispiele sind allerdings mit Weiterbildungsangeboten nicht vergleichbar, da hochschulische Aus-, Fort- und Weiterbildungsangebote in Konkurrenz zu privaten Hochschulen angeboten werden und daher eine Beeinflussung des Marktes zu erwarten ist.

Ein Berufen auf die 20 %-Klausel ist im Ergebnis also vor allem deswegen mit ungewissen Erfolgsaussichten verbunden, weil die EK hierfür einen verhältnismäßig engen Anwendungsbereich vorsieht. Es verbleiben daher Unsicherheiten, ob die Klausel auf Weiterbildungsangebote überhaupt anwendbar ist.

### *Gestaltung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)*

Für die staatliche Finanzierung von Weiterbildungsangeboten an Hochschulen kommt eine Gestaltung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) in Betracht. Eine solche Gestaltung unterliegt aber strengen Anforderungen vor allem an die Klarheit und Transparenz des hierfür notwendigen Betrauungsakts. Dies bringt eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich. Es ist stets zu befürchten, dass sie die geltenden Transparenzanforderungen nicht erfüllt und daher Ausgleichszahlungen zurückgefordert werden können.

Kasten 3.5 zeigt die grundsätzliche Begründungsmöglichkeit für Weiterbildung als DAWI auf. Auf eine mögliche konkrete Ausgestaltung wird gegebenenfalls in Kapitel 5 eingegangen.

#### **Kasten 3.5. Gestaltung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)**

##### ***Wann ist eine DAWI möglich?***

Liegt unter eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, dann ist diese notifizierungspflichtig und muss grundsätzlich sämtlichen materiellen Anforderungen für Beihilfen entsprechen. Eine Ausnahme hiervon sieht Art. 106 Abs. 2 AEUV für Unternehmen vor, die DAWIs „betraut“ sind. Für solche „DAWI-Beihilfen“ gelten die Vorschriften der EU-Verträge, insbesondere der Wettbewerbsregeln, nur, „soweit [ihre] Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“

In diesem „Freistellungskontext“ ist mithin klar, dass die betreffende DAWI nicht unter Marktbedingungen erbracht wird. Nichtsdestoweniger ist nach ausdrücklicher primärrechtlicher Anordnung die betreffende finanzielle Unterstützungsleistung möglich. Die DAWI-Regelungen zielen im Ergebnis darauf ab, sicherzustellen, dass die geleistete Kompensation nicht wettbewerbsverzerrend wirkt. Sie kompensiert also weder eine unabhängig von der DAWI-Erbringung festzustellende defizitäre Unternehmensführung, noch überkompensiert sie die tatsächlich erbrachte Dienstleistung.

Die DAWI-Regelungen betreffen somit den EU-beihilferechtlichen Sonderfall, dass eine staatliche Beihilfe gleich welcher Art als Ausgleich gewährt wird, um die defizitäre Erbringung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ durch ein Unternehmen zu kompensieren, das mit der Erbringung dieser Dienstleistungen vom Staat betraut wurde. Dass Vorliegen einer DAWI muss anhand konkreter Umstände gut begründet werden. Dies schafft rechtliche Risiken.

Allgemein umfasst die Betrauung mit einer besonderen Dienstleistungsaufgabe die Erbringung von Dienstleistungen, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte. Einen aktuellen Überblick über die Begriffskonkretisierung und die Handhabbarkeit unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung gibt die EK in ihrer DAWI-Mitteilung. Außerdem sind zu nennen der sogenannte DAWI-Rahmen (EC, 2012<sup>[15]</sup>) sowie der von der EK erstellte sogenannte DAWI- Leitfaden (EC, 2013<sup>[41]</sup>). Hiernach wird unionsrechtlich nicht vorgegeben, welche Dienstleistung als DAWI anzusehen ist und

welche nicht. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten und deren Verwaltungen einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage, ob eine Dienstleistung als DAWI anzusehen ist (EC, 2012<sub>[11]</sub>)<sup>43</sup>.

*„Die Befugnisse der Kommission beschränken sich hierbei darauf zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, und zu prüfen, ob die Ausgleichleistungen staatliche Beihilfen umfassen.“*

Gemäß den Ziffern 45 ff. der DAWI-Mitteilung geht die EK bei dieser Prüfung auf „offenkundige Fehler“ bei der DAWI-Festlegung davon aus, dass DAWI im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten immer „besondere Merkmale“ aufweisen. Das bedeutet, dass Dienstleistungen erbracht werden müssen, die nicht im eigenen gewerblichen Interesse des erbringenden Unternehmens, sondern im Interesse der Allgemeinheit liegen und daher ohne die Betrauung von diesem nicht, oder jedenfalls nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Konditionen erbracht würden. Im Ergebnis muss es sich um eine Dienstleistung handeln, die in dieser Weise mangels Rentabilität oder wirtschaftlicher Attraktivität nicht vom Markt erbracht werden kann. Als Beispiel führt die EK den Breitbandausbau an und differenziert zwischen Gebieten, in denen bereits wettbewerbsfähige Breitbanddienste mit angemessener Flächendeckung angeboten werden (marktmäßige Dienstleistung) und solchen, in denen Investoren nicht in der Lage sind, eine angemessene Breitbandversorgung anzubieten (DAWI) (EC, 2012<sub>[11]</sub>)<sup>44</sup>.

Schließlich geht die EK davon aus, dass DAWI stets zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden müssen (EC, 2012<sub>[11]</sub>)<sup>45</sup>.

### ***Begründung für die Einordnung von wissenschaftlicher Weiterbildung als DAWI***

Ansatzpunkte, dass Weiterbildungsangebote von Hochschulen erbracht werden, um eine defizitäre Erbringung von DAWI zu kompensieren, liegen hier vor. Das Vorliegen einer DAWI muss aber für den Einzelfall ausführlich begründet werden. Im Folgenden werden mögliche beispielhafte Anknüpfungspunkte für die Einordnung von Weiterbildungsangeboten als DAWI dargestellt:

- Eine DAWI könnte etwa dadurch begründet werden, dass durch das Weiterbildungsangebot die Ausbildungskapazität im Land Brandenburg erhöht werden soll. Um den demographischen Herausforderungen und dem Strukturwandel (siehe oben Kapitel 1) erfolgreich zu begegnen, benötigt Brandenburg insbesondere ein hohes durchschnittliches Fähigkeits- und Qualifikationsniveau. Dieses Ziel ist damit ein wichtiger Baustein für die Zukunft Brandenburgs und ebenso für die Entwicklung des Bildungsstandorts Deutschland im Gefüge der EU-Mitgliedstaaten.
- Für den jeweiligen Einzelfall müssen aber konkrete Ansatzpunkte dafür genannt werden können, dass die Finanzierung als Ausgleich gewährt wird, um eine defizitäre Erbringung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ durch die jeweilige Hochschule zu kompensieren. Dafür bedarf es auch einer vertieften Darstellung, dass die Hochschule ein zusätzliches Weiterbildungsangebot bereitstellt, um die Ausbildungskapazität im Land Brandenburg zu erhöhen. Eine mögliche Begründung beispielsweise für ein Weiterbildungsangebot im medizinischen Bereich könnte darin bestehen, eine adäquate Verteilung von medizinischen Fachpersonal und damit eine ausreichende medizinische Versorgung des ländlichen Raums sicherzustellen.
- Zudem muss für den Einzelfall begründet werden können, dass die Bereitstellung von zusätzlichen Weiterbildungsangeboten für die Hochschule defizitär ist. Für eine konkrete Darlegung bedarf es hier Angaben, dass die Bereitstellung einer gegebenen Anzahl von Studienplätzen für die Weiterbildung nicht durch Studiengebühren abgedeckt werden kann.

Dies zum Beispiel, weil die hierfür nötige Ausstattung von Laboren, Bibliotheksplätzen, Mikroskope nicht finanziert werden kann.

- Es muss ferner dargelegt werden können, dass die jeweilige Hochschule mangels Rentabilität und wirtschaftlicher Attraktivität die Bereitstellung von zusätzlichen Weiterbildungsangeboten, wenn sie im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder jedenfalls nicht im gleichen Umfang übernehmen wird.
- Weiter muss begründet werden, weshalb die Bereitstellung zusätzlicher Studienplätze auch dem Wohle der Bürger dient und im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht wird. Wie auch beim Breitbandausbau kann in Bezug auf Weiterbildung auf das Argument zurückgegriffen werden, dass das Land Brandenburg nicht anders in der Lage ist, eine angemessene Ausbildungskapazität für das Land sicherzustellen. Die Kosten des Aufbaus oder der Vergrößerung eines universitären Studiengangs könnte die Mittel der Hochschule übersteigen. Dies wäre gegebenenfalls in dem Betrauungsakt noch zu konkretisieren.
- Weiter kann zur Begründung angeführt werden, dass nur bei einer Erhöhung der Anzahl der Studienplätze für Weiterbildungsangebote beispielsweise für den Bereich Humanmedizin eine ausreichende medizinische Versorgung erreicht werden kann.
- Für die Begründung einer DAWI wäre zudem von Interesse, ob es Modelle gibt, die die Absolventen beispielsweise im Gegenzug zu einem Stipendium beruflich an das Land Brandenburg binden. Interessant wäre auch, ob es Erhebungen dazu gibt, wie viele der Absolventen nach Abschluss des jeweiligen Weiterbildungsangebots in Brandenburg bleiben. Sollte sich ergeben, dass Absolventen eher das Land verlassen und es keine Programme zu ihrer Bindung an das Bundesland gibt, sollte in dem Betrauungsakt dargestellt werden, wie die jeweilige Hochschule die Nutzer des Weiterbildungsangebots im Rahmen ihrer Weiterbildung an das Land Brandenburg bindet. So könnte ein erkennbarer Bezug zum Bundesland im Studium entstehen und eine berechtigte Erwartung begründet werden kann, dass die Absolventen im Bundesland verbleiben.

Quellen: EC (2012<sup>[42]</sup>) Mitteilung der Kommission — Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) Text von Bedeutung für den EWR; EC (2013<sup>[41]</sup>), Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozial- dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2; EC (2012<sup>[15]</sup>), Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Text von Bedeutung für den EWR.

## Zwischenergebnis zur EU-beihilferechtlichen Einordnung von Weiterbildung

Die Darstellung der EU-rechtlichen Einordnung von Weiterbildung unter den Unternehmensbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV dient dazu, herauszuarbeiten, wann wissenschaftliche Weiterbildung beihilfefrei ist. Es fragt sich also, unter welchen Voraussetzungen das EU-Beihilferecht auf wissenschaftliche Weiterbildung keine Anwendung findet. Sollte das EU-Beihilferecht hingegen auf wissenschaftliche Weiterbildung wenigstens teilweise anwendbar sein, so stellt sich die Frage nach erforderlichen Anpassungsmaßnahmen der Hochschulen.

## ***EU-beihilferechtliche Einordnung wissenschaftlicher Weiterbildung an staatlichen Hochschulen***

Festzuhalten ist, dass für die Einordnung wissenschaftlicher Weiterbildung an (staatlichen) Hochschulen als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit keine eindeutigen Vorgaben der EK oder des EuGH bestehen. Insbesondere wird die wissenschaftliche Weiterbildung durch die EK nicht ausdrücklich als in der Regel nichtwirtschaftliche Tätigkeit eingestuft. Deshalb kommt es auf die oben zusammengefassten Abgrenzungskriterien an. Weiterbildung kann nach diesen Kriterien insbesondere dann rechtlich problematisch sein, wenn sie sich privater Konkurrenz gegenüber sieht und sie nicht im Wesentlichen staatlich finanziert ist.

## ***Konsequenzen der Einstufung wissenschaftlicher Weiterbildung als wirtschaftliche Tätigkeit***

Soweit es nach den EU-beihilferechtlichen Kriterien nahelegt, dass ein bestimmtes Weiterbildungsangebot eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, sind zunächst die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs. 1 AEUV zu prüfen. Erst danach sind mögliche Rechtfertigungen der Beihilfe und Ausnahmen vom Beihilfeverbot in Betracht zu ziehen.

Als erstes ist zu prüfen, ob die Hochschule als Unternehmen oder ein mit der Hochschule kooperierendes drittes Unternehmen begünstigt wird. Ein marktangemessenes Entgelt der Weiterzubildenden oder der dritten Einrichtung kann die Begünstigung entfallen lassen. Das Beihilfeverbot greift dann nicht. Wie eine marktangemessene Vergütung auszugestaltet ist, muss für jedes Weiterbildungsangebot im Einzelfall festgestellt werden.

Zweitens ist die bestehende oder potentielle Marktsituation daraufhin zu prüfen, ob der grenzüberschreitende Handel mit Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten durch das jeweilige Weiterbildungsangebot beeinträchtigt werden könnte. Voraussetzung hierfür ist, dass das Weiterbildungsangebot eine Wettbewerbsverfälschung hervorrufen kann.

Erst wenn diese Tatbestandsmerkmale bejaht werden müssen, wird das Beihilfeverbot ausgelöst. Dann kann das Weiterbildungsangebot aber immer noch gerechtfertigt sein oder einer Ausnahme vom Beihilfeverbot unterfallen.

Hinsichtlich möglicher Ausnahmen vom Beihilfeverbot kommt zunächst eine Ausgestaltung der Hochschulfinanzierung als DAWI in Betracht. Die Freistellung von Beihilfen gemäß der AGVO, die Einstufung als „De-Minimis-Beihilfe“ und ein Rückgriff auf die 20 %-Klausel erscheinen demgegenüber weniger aussichtsreich und empfehlenswert.

## Quellennachweise

- Bartosch (ed.) (2020), *EU-Beihilfenrecht*, 3. Auflage. [38]
- Bartosch (2016), *EU-Beihilfenrecht*, 2. Auflage. [19]
- Callies/Ruffert (ed.) (2016), *TEU/TFEU*, 5. Auflage 2016. [9]
- EC (2018), *EC Decision of 08.11.2018, State aid. 43700 (2018/NN) / C(2018) 7215*, [24]  
[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/276053/276053\\_2028505\\_63\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/276053/276053_2028505_63_2.pdf).
- EC (2016), *Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016. [14]
- EC (2016), *Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 262 of 19.07.2016. [40]
- EC (2014), *Communication from the Commission on Framework for State aid for research and development and innovation*. [31]
- EC (2014), *Mitteilung der Kommission — Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation*, OJ C 198, 27.6.2014. [13]
- EC (2013), *Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozial- dienstleistungen von allgemein*. [41]
- EC (2012), *Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest*. [11]
- EC (2012), *Mitteilung der Kommission — Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) Text von Bedeutung für den EWR*. [42]
- EC (2012), *Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Text von Bedeutung für den EWR*, OJ C 8, 11.1.2012. [15]
- EC (2009), *Common principles for an economic assessment of the compatibility of state aid under Art. 87.3*. [18]
- EC (2009), *Common Principles for an Economic Assessment of the Compatibility of State Aid under Article 87(3) of the EC Treaty*, [17]  
[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/economic\\_assessment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_en.pdf).
- EC (2008), *EC Decision of 26.11.2008, State aid No N 343/2008*, [25]  
[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/226491/226491\\_917103\\_29\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/226491/226491_917103_29_1.pdf).
- EC (2006), *EC Decision of 08.11.2006, State aid No N 54/2006*, [23]  
[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/216285/216285\\_609589\\_14\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/216285/216285_609589_14_1.pdf).
- EC (2005), *State aid action plan - Less and better targeted state aid : a roadmap for state aid reform 2005-2009 (Consultation document) {SEC(2005) 795}, COM/2005/0107 final*. [16]

- EC (2003), *EC Decision of 01.10.2003, State aid No N 37/2003*, [26]  
[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/133835/133835\\_469556\\_45\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/133835/133835_469556_45_2.pdf).
- EC (1998), *Commission notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation*, OJ EC C 384 of 10.12.1998. [33]
- EC (1998), *Commissioner Decision 98/353/EC of 16.09.1997 on State aid for Gemeinnützige Abfallverwertung GmbH*, OJ EC L 159 of 03.06.1998. [32]
- EC (1997), *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, OJ C 372, 9.12.1997. [29]
- ECJ (2019), *Judgment of 04.07.2019 – C-393/17*, GRUR. [8]
- ECJ (2010), *Judgment of 20.05.2010 – C-56/09*, IStR. [7]
- ECJ (2007), *Judgment of 11.09.2007 – C-76/95*, NJW. [6]
- ECJ (2006), *Judgment of 10.01.2006 – C-222/04*, EuZW. [3]
- ECJ (2006), *Judgment of 23.03.2006 – C-237/04*, BeckRS. [10]
- ECJ (2005), *Judgment of 03.03.2005 – C-172/03*, BeckRS. [21]
- ECJ (2001), *Judgment of 08.11.2001 – C-143/99*, NVwZ. [20]
- ECJ (2000), *Judgment of 19.09.2000 – C-156/98*, EuZW. [35]
- ECJ (1993), *Judgment of 07.12.1993 – C-109/92*, BeckRS. [5]
- ECJ (1991), *Judgment of 23.04.1991 – C-41/90*, NJW. [1]
- ECJ (1988), *Judgment of 27.09.1988 – C-263/86*, BeckRS. [4]
- EFTA Court (2008), *Judgment of 21.02.2008 – E-5/07*, <https://eftacourt.int/download/5-07-judgment/?wpdmdl=1631>. [12]
- EuZW (ed.) (2003), *Judgment of 03.07.2003 – joined cases C-83/01 P, C-93/01 P and C-94/01*. [30]
- Hartmer/Detmer (ed.) (2009), *Hochschulrecht, 2. Auflage*. [34]
- Immenga/Mestmäcker (ed.) (2016), *Wettbewerbsrecht, 5. Auflage*. [37]
- Immenga/Mestmäcker (ed.) (2016), *Wettbewerbsrecht, Band 3, 5. Auflage 2016*. [2]
- KMK (2017), *Leitfaden zur Unterscheidung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit von Hochschulen*, [https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2017/2017\\_09\\_22-Leitfaden-Wirtschaftliche-Nichtwirtschaftliche-Taetigkeit.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen_beschluesse/2017/2017_09_22-Leitfaden-Wirtschaftliche-Nichtwirtschaftliche-Taetigkeit.pdf). [27]
- Knopp/Peine/Topel (ed.) (2018), *Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Auflage, § 25 Rn. 12*. [39]
- Marwedel (2014), *Rechtsgutachten zu Vorgaben für die Preisgestaltung der wissenschaftlichen Weiterbildung an der Universität Freiburg unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Beihilferechts*. [28]
- Mederer, V. (2015), *AEUV, 7. Auflage*. [22]

## Endnoten

<sup>1</sup> So die Rechtsprechung des EuGH, zuerst im Urteil vom 23.04.1991 – C-41/90, NJW 1991, 2891, 2891 f., Rn. 21.

<sup>2</sup> Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV Rn. 17.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – C-222/04, EuZW 2006, 306, 311, Rn. 122.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – C-222/04, EuZW 2006, 306, 311, Rn. 123.

<sup>5</sup> So im Hinblick auf Bildungsangebote: EuGH, Urteil vom 27.09.1988 – C-263/86, BeckRS 2004, 72754, Rn. 17.

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 27.09.1988 – C-263/86, BeckRS 2004, 72754.

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 07.12.1993 – C-109/92, BeckRS 2004, 74113.

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 11.09.2007 – C-76/95, NJW 2008, 351, 353.

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 20.05.2010 – C-56/09, IStR 2010, 487, 488.

<sup>10</sup> EuGH, Urteil vom 04.07.2019 – C-393/17, GRUR 2019, 846.

<sup>11</sup> Opinion of Advocate General at ECJ, 15.11.2018 – C-393/17, BeckRS 2018, 28556, marginal 52 ff.; on the issues raised by the Advocate General, see Hillemann/Wittig, OdW 2019, 169.

<sup>12</sup> Opinion of Advocate General at ECJ, 15.11.2018 – C-393/17, BeckRS 2018, 28556, marginal 73.

<sup>13</sup> Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV Rn. 27.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 23.03.2006 – C-237/04, BeckRS 2006, 70228, Rn. 28 mit weiteren Verweisen auf die ständige Rechtsprechung des EuGH.

<sup>15</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI. Nr. C 8 vom 11.01.2012, S. 4.

<sup>16</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 21.02.2008 – E-5/07, Rn. 80 f, abrufbar unter: <https://eftacourt.int/download/5-07-judgment/?wpdmdl=1631>.

<sup>17</sup> Zu den Aufgaben der EK im EU-Beihilferecht siehe Art. 108 AEUV.

<sup>18</sup> DAWI-Mitteilung (Fn. 101), Ziffer 26.

<sup>19</sup> DAWI-Mitteilung (Fn. 101), Ziffer 28.

<sup>20</sup> Mitteilung der Kommission — Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, *OJ C 198*, 27.6.2014, p. 1.

<sup>21</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn. 68).

<sup>22</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Rn. 28)

<sup>23</sup> Der "stärker wirtschaftsorientierte Ansatz" ist nur für die Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt gedacht, insbesondere der Verhältnismäßigkeit und der Auswirkungen auf den Wettbewerb; da hat die EK mehr Ermessensspielraum. Er ist aber nicht für die Prüfung, ob eine staatliche Beihilfe überhaupt vorliegt, gedacht. Bei der Bewertung, ob eine staatliche Beihilfe überhaupt vorliegt, hat die EK einen sehr begrenzten Spielraum, nämlich wenn sie dabei komplexe wirtschaftliche Bewertungen vornehmen muss.

<sup>24</sup> Bartosch, EU-Beihilferecht, 2. Auflage 2016, Einl. Rn. 5.

<sup>25</sup> EuGH, Urteil vom 08.11.2001 – C-143/99, NVwZ 2002, 842, 844, Rn. 41; EuGH, Urteil vom 03.03.2005 – C-172/03, BeckRS 2005, 70158, Rn. 40.

<sup>26</sup> Von der Groeben/Schwarze/Wolfgang Mederer, AEUUV, 7. Auflage 2015, Art. 107 Rn. 12.

<sup>27</sup> Dort heißt es: „Entschlossen, durch umfassenden Zugang zur Bildung und durch ständige Weiterbildung auf einen möglichst hohen Wissensstand ihrer Völker hinzuwirken...“

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – C-222/04, EuZW 2006, 306, 311f., Rn. 123.

<sup>29</sup> EuGH, Urteil vom 03.07.2003 – verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P u. C-94/01 P, EuZW 2003, 504, 509, Rn. 40; Bartosch/Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, AEUUV Art. 107 Rn. 128.

<sup>30</sup> Bartosch/Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, AEUUV Art. 107 Rn. 128.

<sup>31</sup> Pauschalsätze können für repetitive Dienstleistungen wie z.B. bestimmte Kurse, deren Marktpreis oder Kostenstruktur inkl. Gewinnspanne feststehen und transparent ermittelbar sind, erhoben werden. Idealerweise sollten die Pauschalsätze regelmäßig überprüft und aktualisiert werden.

<sup>32</sup> Entscheidung Nr. 98/353/EG der EU-Kommission vom 16.09.1997 über staatliche Beihilfen zugunsten des Unternehmens Gemeinnützige Abfallverwertung GmbH, ABI. EG Nr. L 159 vom 03.06.1998, S. 58; siehe auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABI. EG Nr. C 384 vom 10.12.1998, S. 3, Rn. 25: „Unternehmen ohne Erwerbscharakter wie Stiftungen oder Verbände“.

<sup>33</sup> Lux-Wesener/Kamp, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2009, Kapitel VIII, Rn. 47.

<sup>34</sup> In diesem Sinne EuGH, Urteil vom 19.09.2000 – C-156/98, EuZW 2000, 723, 725, Rn. 39; hierzu Soltész, in: Montag/Säcker, MüKo zu Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 3, 1. Auflage 2011, Art. 107 AEUUV, Rn. 414.

<sup>35</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Text von Bedeutung für den EWR, S. 10.

<sup>36</sup> Auch bei rein "marginalem" grenzüberschreitendem Effekt kann Auswirkung auf den innergemeinschaftl. Handel ausgeschlossen werden; vgl. KOM, Beschluss v. 29.4.2015 in N 39403 – Investment aid for Lauwersoog Port [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/256021/256021\\_1668108\\_140\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/256021/256021_1668108_140_2.pdf).

<sup>37</sup> Zusätzlich könnte auch eine Beihilfe für Innovationsclusterbetreiber in Frage kommen, insbesondere "die Organisation von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen" gem. Art. 28 (8) lit. c AGVO. Da eine solche Beihilfe in der Praxis aber eher selten vorkommen dürfte, wird hierauf nicht näher eingegangen.

<sup>38</sup> Nowak in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2016, Art. 31 AGVO Rn. 1.

<sup>39</sup> Nowak in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2016, Art. 31 AGVO Rn. 6.

<sup>40</sup> Bartosch in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Auflage 2020, Art. 31 AGVO Rn. 3.

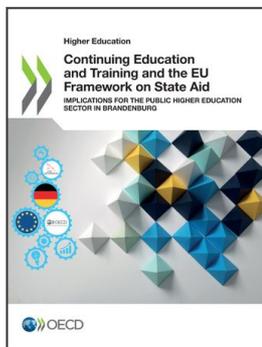
<sup>41</sup> Siehe hierzu EuGH, Urteil vom 26.3.2009 – C-113/07 P, BeckRS 2009, 70333, Rn.118 f.; Urteil vom 12.7.2012 – C-138/11 EuZW 2012, 835, 836, Rn. 38. Aus der Kommissionspraxis: EU-Kommission, Entscheidung vom 19.7.2006, N 140/2006, ABI. 2006 Nr. C 244, S. 12: Bei Beihilfen an staatliche Unternehmen, die in Besserungsanstalten die berufliche Ausbildung und die Beschäftigung von Strafgefangenen sicherstellen, kann das Ziel der Arbeitsförderung und der Wiedereingliederung nicht von der hoheitlichen Tätigkeit des Strafvollzugs getrennt werden; Entscheidung vom 27.6.2007, N 558/2005, ABI. 2007 Nr. C 255, S. 22: Bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zum Zwecke ihrer Selbstständigkeit und Reintegration stellen die von diesen erzeugten Produkte und Dienstleistungen lediglich eine wirtschaftliche Nebentätigkeit dar.

<sup>42</sup> Die Formulierung scheint sich auf alle oben genannten Voraussetzungen zu beziehen, also auch auf die Frage der reinen Nebentätigkeit und des untrennbaren Zusammenhangs und nicht nur auf die Frage des begrenzten Umfangs.

<sup>43</sup> Siehe auch Ziffer 48 der DAWI-Mitteilung; vgl. auch EuGH, Urteil vom 12.12.1973 – 127/73, GRUR Int. 1974, 342, 345; EuG, Urteil vom 15.06.2005 – T-17/02, BeckRS 2005, 70448, Rn. 216; EuG, Urteil vom 26.06.2008 – T-442/03, ZUM 2008, 766, 769, Rn. 195.

<sup>44</sup> DAWI-Mitteilung (Fn. 101), Ziffer 49.

<sup>45</sup> DAWI-Mitteilung (Fn. 101), Ziffer 50.



**From:**

## **Continuing Education and Training and the EU Framework on State Aid**

Implications for the Public Higher Education Sector in Brandenburg

**Access the complete publication at:**

<https://doi.org/10.1787/9ec6cb98-en>

### **Please cite this chapter as:**

OECD (2022), "EU-beihilferechtliche Rahmenbedingungen für Weiterbildung", in *Continuing Education and Training and the EU Framework on State Aid: Implications for the Public Higher Education Sector in Brandenburg*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/1711723d-de>

Das vorliegende Dokument wird unter der Verantwortung des Generalsekretärs der OECD veröffentlicht. Die darin zum Ausdruck gebrachten Meinungen und Argumente spiegeln nicht zwangsläufig die offizielle Einstellung der OECD-Mitgliedstaaten wider.

This document, as well as any data and map included herein, are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area. Extracts from publications may be subject to additional disclaimers, which are set out in the complete version of the publication, available at the link provided.

The use of this work, whether digital or print, is governed by the Terms and Conditions to be found at <http://www.oecd.org/termsandconditions>.