

## MERKBLATT

### ***Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit***

#### **1. Allgemein**

Das EU-Beihilferecht findet nur auf "Unternehmen" im Sinne des Artikels 107 AEUV Anwendung. Dabei können z. B. auch kommunale oder gemeinnützige Einrichtungen Unternehmen im Sinne des Beihilferechts sein. Da ein Verstoß gegen das Beihilferecht zu Rückforderungen führt, ist die Einstufung des Antragstellers als "Unternehmen" im beihilferechtlichen Sinne von großer Bedeutung.

#### **2. Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne**

Der Begriff des Unternehmens im beihilferechtlichen Sinne umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Die Einstufung eines Antragstellers als Unternehmen hängt damit vollständig davon ab, ob dieser eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Der Status der Einheit nach nationalem Recht ist nicht entscheidend. Damit kann beispielsweise auch ein Verband, ein Sportverein oder eine Einheit, die Teil der öffentlichen Verwaltung ist, grundsätzlich ein Unternehmen darstellen.

Übt der Antragsteller sowohl eine wirtschaftliche als auch eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit aus, dann ist der Antragsteller nur in Bezug auf die wirtschaftliche Tätigkeit als Unternehmen zu betrachten. Der Teil der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit unterfällt dann nicht den Regelungen des EU-Beihilferechts (wobei sichergestellt werden muss, dass keine Quersubventionierung oder mittelbare Subventionierung von Wirtschaftstätigkeiten erfolgen kann). Der Antragsteller hat in diesen Fällen den Nachweis über die Trennung der wirtschaftlichen von der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit zu erbringen. Der Nachweis der korrekten Zuordnung der Kosten, Finanzierung und Erlöse kann insbesondere im Jahresabschluss der betreffenden Einrichtung geführt werden.

#### **3. Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit**

Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dann gegeben, wenn der Gegenstand der Tätigkeit im Anbieten von Waren und Dienstleistungen auf einem Markt besteht. Für das Vorliegen eines Marktes reicht es bereits aus, dass andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung auf dem betreffenden Markt zu erbringen. Damit ist das Vorliegen eines Marktes auch bei einer rechtlichen oder faktischen Marktabschottung ohne Wettbewerb zu bejahen, wenn es andere interessierte Leistungserbringer geben könnte, die in der Lage wären, ihre Dienstleistung zu erbringen.

Auch Einheiten, die keinen Erwerbszweck verfolgen, können Waren und Dienstleistungen auf einem Markt anbieten (die Gewinnerzielungsabsicht spielt keine Rolle für die Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit). So können auch kirchliche, karitative und gemeinnützige Vereine oder Kultur- und Sporteinrichtungen als Unternehmen gewertet werden.

Die beihilferechtliche Beurteilung erfolgt immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit.

Beispiele wirtschaftlicher Tätigkeit:

- Vermietung/Verpachtung einer Gewerbeeinheit in einem öffentlichen Gebäude,
- Vermietung/Verpachtung von Sporthallen an Vereine,
- Einspeisung von Reststrom aus eigener Erzeugung in das öffentliche Netz,
- Verkauf/Abgabe von Wärme aus einer eigenen Anlage/Netz an andere Nutzer,
- Betrieb einer KITA,
- entgeltliche Vorträge,
- Betrieb einer Vereinskantine,

- Eigenbetriebe öffentlicher Körperschaften können beispielsweise als Unternehmen qualifiziert werden, sofern diese Betriebe nicht nur intern für die öffentliche Körperschaft tätig sind, sondern Leistungen auch auf dem Markt anbieten.

#### *Beispiele nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten*

Eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit ist vor allem dann anzunehmen, wenn der Staat als „öffentliche Hand“ handelt oder öffentliche Stellen in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln“. Eine Einheit kann dann als „als öffentliche Hand handelnd“ angesehen werden, wenn die betreffende Tätigkeit Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist oder sie ihrem Wesen, ihrem Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden ist. Tätigkeiten, die untrennbarer Teil der Vorrechte öffentlicher Gewalt sind und vom Staat ausgeübt werden stellen grundsätzlich keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar. Ist mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse untrennbar auch eine wirtschaftliche Tätigkeit verbunden, so bleiben sämtliche Tätigkeiten dieser Einheit Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse, und die Einheit fällt nicht unter den Begriff des Unternehmens.

Beispiele nichtwirtschaftlicher Tätigkeit:

- Armee- oder Polizeitätigkeiten,
- Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle,
- Seeverkehrskontrolle und -sicherheit,
- Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung,
- Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen,
- Erschließung und Revitalisierung öffentlichen Geländes durch öffentliche Stellen,
- Erhebung von Unternehmensdaten für öffentliche Zwecke auf der Grundlage einer Meldepflicht der Unternehmen.

Bei den Bereichen der sozialen Sicherheit, der Gesundheitsfürsorge, des Bildungswesens und der Forschungstätigkeit sowie der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes einschließlich Naturschutz kommt es auf die Einstufung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit ganz maßgeblich auf die Ausgestaltung im Einzelfall an. Sofern in diesen Bereichen die überwiegende staatliche Kontrolle, das Prinzip der Solidarität und die nichtkommerzielle Ausrichtung zum Tragen kommen, kann grundsätzlich eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit angenommen werden.

#### **4. Besonderheit: Universitäre (Hochschulen) und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen**

##### **Grundsatz der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit**

Bestimmte Tätigkeiten, die von Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen ausgeübt werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich der EU-Beihilfenvorschriften. Dies betrifft deren primäre Tätigkeiten, und zwar

- a) die Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen;
- b) die unabhängige Forschung und Entwicklung, auch im Verbund, zur Erweiterung des Wissens und des Verständnisses;
- c) die Verbreitung der Forschungsergebnisse.

Auch Tätigkeiten des Wissenstransfers (Lizenzierung, Gründung von Spin-offs oder andere Formen des Managements des von der Forschungseinrichtung oder -infrastruktur geschaffenen Wissens) sind als nichtwirtschaftlich zu betrachten. Dies gilt allerdings für solche Tätigkeiten des Wissenstransfers nur dann, soweit sie entweder durch die Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur (einschließlich ihrer Abteilungen und Untergliederungen) oder gemeinsam mit anderen Forschungseinrichtungen oder Forschungsinfrastrukturen oder in deren Auftrag durchgeführt werden und alle Einnahmen aus diesen Tätigkeiten in die primären Tätigkeiten der betreffenden Forschungseinrichtungen oder -infrastrukturen reinvestiert werden. Der nichtwirtschaftliche Charakter dieser Tätigkeiten bleibt durch die im Wege einer offenen Ausschreibung erfolgende Vergabe entsprechender Dienstleistungen an Dritte unberührt.

## **Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeit**

Im (regelmäßigen) Falle, dass eine Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur sowohl für wirtschaftliche als auch für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten genutzt wird, fällt die staatliche Finanzierung nur dann unter die EU-Beihilfavorschriften, wenn sie Kosten deckt, die mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten verbunden sind. Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn die der jeweiligen Einrichtung bzw. Infrastruktur für einen bestimmten Rechnungszeitraum zugewiesenen öffentlichen Mittel die auf diesen Zeitraum entfallenden Kosten der nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten übersteigen.

Wenn die Forschungseinrichtung oder -infrastruktur fast ausschließlich für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, kann ihre Finanzierung ganz aus dem Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts herausfallen, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt, die mit dem Betrieb der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich ist oder die in untrennbarem Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit steht, und ihr Umfang begrenzt ist. Dies ist dann der Fall, 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.

### **Wirtschaftliche Tätigkeit**

Die Nutzung von Forschungseinrichtungen oder Forschungsinfrastrukturen zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten (z. B. Vermietung von Ausrüstung oder Laboratorien an Unternehmen, Erbringung von Dienstleistungen für Unternehmen oder Auftragsforschung) stellt grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit und die diesbezügliche Zuwendung eine staatliche Beihilfe dar.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Forschungseinrichtung bzw. die Forschungsinfrastruktur nur als Vermittlerin auftritt und den Gesamtbetrag der öffentlichen Finanzierung und die durch eine solche Finanzierung möglicherweise erlangten Vorteile an die Endempfänger weitergibt. Die Forschungseinrichtung bzw. Forschungsinfrastruktur ist dann nicht als Empfängerin/Begünstigte der öffentlichen Finanzierung anzusehen, sondern die Endempfänger/Endbegünstigten, die dann den Regelungen des EU-Beihilferechts unterliegen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn:

- sowohl die öffentliche Finanzierung als auch die durch eine solche Finanzierung möglicherweise erlangten Vorteile quantifizierbar und nachweisbar sind und es einen geeigneten Mechanismus gibt, der gewährleistet, dass diese - zum Beispiel in Form geringer Preise - vollständig an die Endempfänger weitergegeben werden, und
- der vermittelnden Einrichtung/Infrastruktur kein weiterer Vorteil gewährt wird, da sie entweder im Wege einer offenen Ausschreibung ausgewählt wird oder die öffentliche Finanzierung allen Einrichtungen bzw. Infrastrukturen zur Verfügung steht, die die objektiv notwendigen Voraussetzungen erfüllen, so dass die Kunden als Endbegünstigte von einer beliebigen einschlägigen Einrichtung/Infrastruktur entsprechende Dienstleistungen erwerben können.