

## Auswirkungen des europäischen Beihilferechts auf die Öffnung der Hochschulen: Eine normative Analyse

Jan Tauer, Stefan Göbel

Durch die Entwicklung der Hochschulen im Rahmen des lebenslangen Lernens wird auch die Finanzierung neuer Bildungsangebote vor neue Herausforderungen gestellt: Das Bildungswesen ist in Deutschland eine Gewährleistungsaufgabe des Staates, welcher sich dem Gemeinwohl verpflichtet hat. Bisher wurden die gesetzlichen Aufgaben staatlicher Hochschulen überwiegend aus Landeszuschüssen finanziert. Eine notwendige Ausweitung der Hochschultätigkeiten bedarf jedoch angesichts sinkender Landeszuschüsse alternativer Finanzierungsformen, ohne dem Bildungsauftrag ein existenzielles Gewinnstreben aufzuerlegen. Die Öffnung von Hochschulen bewirkt zum einen, dass neue Personengruppen an Hochschulen lernen wollen, und zum anderen, dass neue Angebotskonzepte an den Hochschulen entstehen. In wie weit staatliche Mittel bei den Bildungsangeboten zum Einsatz kommen können, hängt neben den einzelnen Landesbestimmungen grundlegend von den Rahmenbedingungen des Europäischen Beihilferechts ab. Nach Ansicht der EU-Kommission sind Bildungsleistungen für die Bürger und Unternehmen unverzichtbar, da sie das Beschäftigungsniveau, das Wirtschaftswachstum und den Umweltschutz nachhaltig verbessern.<sup>1</sup> Die allgemeine (Art. 165 AEUV) und berufliche Bildung (Art. 166 AEUV) sind Teilziele der EU und sollen wie jede andere Dienstleistung von allgemeinem Interesse universell und kontinuierlich mit hoher Qualität erschwinglich sein.<sup>2</sup> Die Universitäten haben vor allem in der Grundlagenforschung und der Ausbildung von Forschern eine Schlüsselposition.<sup>3</sup> Dabei greift der europäische Rechtsrahmen keinesfalls als Störfaktor in die deutsche Hochschullandschaft ein,<sup>4</sup> sondern soll vielmehr durch den einheitlichen Regelungsgehalt zu einer höheren wirtschaftlichen Effizienz führen.<sup>5</sup>

Eine Beihilfe ist jede **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** gewährte **Begünstigung** für **bestimmte Unternehmen** oder Produktionszweige, die den **Wettbewerb** verfälscht oder zu verfälschen droht, wenn sie den **Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt**. Beihilfen sind grundsätzlich verboten (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Ausnahmen stellen nur die Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV und Art. 106 Abs. 2 AEUV dar.<sup>6</sup> Vom Beihilferecht werden von vornherein nur wirtschaftliche Tätigkeiten einer Hochschule erfasst. Dies wird im Art. 107 Abs. 1 AEUV durch den Begriff des Unternehmens deutlich. Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung ist ein Unternehmen jede wirtschaftliche Tätigkeit ausführende Einheit, unabhängig ihrer Rechtsform und Finanzierungsart.<sup>7</sup> Auch Art. 106 Abs. 2 AEUV bezieht sich nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten. Nach EuGH-Rechtsprechung ist eine **wirtschaftliche Tätigkeit**<sup>8</sup> jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen gegen Entgelt auf einem

---

<sup>1</sup> Vgl. KOM (2007) 725 vom 20. Nov. 2007, *DL von allgemeinem Interesse*, Kapitel 2.

<sup>2</sup> Vgl. KOM (2004) 374 vom 12. Mai 2004, *Weißbuch zu DL von allgemeinem Interesse*, Kapitel 2.1.

<sup>3</sup> Vgl. KOM (2003) 58 vom 05. Feb. 2003, *Die Rolle der Universitäten im Europa des Wissens*, Kapitel 3.1 & 5.2.3.

<sup>4</sup> Vgl. S. Boysen, M. Neukirchen 2007, *Europäisches Beihilferecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, S. 5.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. KOM (2006), *Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für FuEul*, C 323/01, Kapitel 1.1.

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 4, S. Boysen, M. Neukirchen 2007, S. 35.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. EuGH-Urteil vom 12. Sept. 2000, *Pavlov gegen Stichting*, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74.

<sup>8</sup> Die Kultusminister der Länder haben aufgrund der vorherrschenden Unsicherheiten über die Identifizierung von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten an Hochschulen einen Leitfaden entwickelt. Ob die EU jedoch dieser Auslegung folgen wird, bleibt ungewiss. So ist darin z.B. der Vorschlag enthalten, dass ausschließlich intern erbrachte Leistungen an Mitglieder der Hochschule stets nicht-wirtschaftlicher Natur sind (Kultusministerkonferenz der Länder in der BRD III C-4120/6.1.2 Anlage 4, Stand 29.09.2012, S. 3-4). Dies steht entgegen den Aussagen der Kommission, wonach auch bei einer Marktabschottung mit vorhandenem Vermögen und Interesse anderer Anbieter eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen kann. Eine interne Klassifizierung soll weder die Wirtschaftlichkeit noch eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse definieren (Mitteilung der Kommission 2012/C 8/02 vom 11.01.2012, *Ausgleichszahlungen*, Kapitel 2.1 Rn. 13).

bestimmten Markt anzubieten.<sup>9</sup> Das Wesensmerkmal eines **Entgeltes** besteht in einem Leistungsaustausch und bedingt für die Leistung eine Gegenleistung.<sup>10</sup> Soweit eine Hochschule vom Staat finanziert und überwacht wird, gilt ihre Tätigkeit als nicht-wirtschaftlich, da es an der Gegenleistung mangelt. Dies gilt auch, wenn geringe Beiträge für die Bildungsleistung verlangt werden und diese nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten darstellen.<sup>11</sup> Das bedeutet im Umkehrschluss, dass wenn Hochschulen alternative nicht-staatliche Mittel zur Finanzierung brauchen und z. B. durch hohe Studiengebühren neue weiterbildende Studiengänge einrichten, diese entgeltlich sind. Ob im zweiten Schritt auch ein **Markt** für diese Leistungen existiert, muss für jedes Bildungsangebot gesondert geprüft werden. Zwar nimmt der Wettbewerb zwischen Hochschulen und anderen Bildungseinrichtungen durch die Internationalisierung immer mehr zu,<sup>12</sup> doch die wissenschaftlichen Bildungsangebote sind den Hochschulen vorbehalten und wenn diese nicht auf Kapitalmehrung<sup>13</sup> aus sind, konkurrieren sie auf keinem Markt.<sup>14</sup> Als wirtschaftlich werden seitens der EU-Kommission stets die Vermietung der Infrastruktur, Dienstleistungen für gewerbliche Unternehmen und Auftragsforschung gesehen.<sup>15</sup> Übt eine Hochschule neben ihren **nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten** auch wirtschaftliche aus, so müssen Hochschulen im Rahmen einer Trennungskostenrechnung die Kosten und Finanzierungen getrennt aufzeichnen, damit die nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten nicht ausnahmsweise unter das Beihilfeverbot fallen und die Hochschule alle staatlichen Mittel hierfür zurückzahlen muss.<sup>16</sup> In der Praxis sind damit für wirtschaftliche Tätigkeiten die Vollkosten zu erfassen und ein Nachweis über die Finanzierungsquellen zu führen. Das bedeutet jedoch nicht, dass alle wirtschaftlichen Tätigkeiten zu Marktpreisen angeboten werden müssen, wodurch die Nutzung staatlicher Mittel preispolitisch untersagt wäre. Eine getrennte Aufzeichnungspflicht sagt noch nichts über die zulässige Finanzierung aus. Dafür sind vielmehr alle Kriterien des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu erfüllen, ohne dass mögliche Ausnahmetatbestände gemäß Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV sowie weitere Rechtfertigungsgründe, insbesondere Art. 106 Abs. 2 AEUV, vorliegen.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) werden u. a. vom EU-Beihilfeverbot ausgenommen, soweit die EU-Vorschriften die Erfüllung der Aufgaben rechtlich oder tatsächlich **verhindern** und die Förderung dieser Tätigkeiten nicht dem **Interesse der Union** zuwiderläuft (Art. 106 Abs. 2 AEUV). Was alles zu den DAWI gehört, wird von den einzelnen Mitgliedstaaten definiert. Die Rechte der EU-Kommission beschränken sich hierbei auf die Prüfung, dass kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist.<sup>17</sup> Nach ständiger Rechtsprechung und durch Mitteilungen der EU-Kommission wurden mehrere Kriterien festgelegt, unter denen DAWI vorliegen können. Danach muss die Dienstleistung **universalen und obligatorischen Charakter** besitzen, das Unternehmen muss durch einen Hoheitsakt mit der Aufgabe **betraut** worden sein,<sup>18</sup> es darf sich nicht

---

<sup>9</sup> Vgl. z.B. EuGH-Urteil vom 18. Juni 1998, *Komm. gegen Italienische Rep.*, Rs. C-35/96, Rn. 37; Fn. 7 EuGH-Urteil vom 12. Sept. 2000, Rn. 75-76.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH-Urteil vom 07. Dez. 1993, *Wirth gegen Hannover*, Rs. C-109/92, Rn. 15.

<sup>11</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission 2012/C 8/02 vom 11.01.2012, *Ausgleichszahlungen*, Kapitel 2.1 Rn. 26-27.

<sup>12</sup> Vgl. Fn. 3 KOM (2003) 58, Kapitel 3.3.

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 4, S. Boysen, M. Neukirchen 2007, S. 112.

<sup>14</sup> Vgl. C. Jung (2011), DAWI zu Art. 106 AEUV, Rn. 39, IN: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 4. Aufl. 2011 C.H. Beck.

<sup>15</sup> Für jede andere Tätigkeit bleibt nach Aussagen der Kommission immer die Möglichkeit der Anmeldung durch den jeweiligen Mitgliedstaat, woraufhin die Kommission eine rechtsichere Prüfung vornimmt. Vgl. Beschluss der Kommission vom 20. Dez. 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV, AZ K(2011) 9380, Vorwort Rn. 26.

<sup>16</sup> Vgl. Kommission 2006/C 323/01 vom 30.12.2006, *Gemeinschaftsrahmen FuEul*, Kapitel 3.1.1.

<sup>17</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission 2012 C 8/02 vom 11.01.2012, *Ausgleichszahlungen DAWI*, Rn. 48.

<sup>18</sup> Vgl. EuG-Urteil vom 12. Feb. 2008, *BUPA gegen Komm.*, Rs. T-289/03, Rn. 166-169, 172.

um Dienstleistungen handeln, welche auch zu **normalen Marktbedingungen** erbracht werden könnten, die **Ausgleichszahlungen** dürfen nicht über das Angemessene hinaus gehen,<sup>19</sup> die Betrauung darf grundsätzlich **zehn Jahre** nicht übersteigen und die Kosten und Einnahmen der DAWI müssen in der **Buchführung** von anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen werden.<sup>20</sup>

Die wissenschaftliche Weiterbildung hat universalen Charakter, da sie grundsätzlich zu einheitlichen Entgelten angeboten wird und für alle Teilnehmer die gleiche Qualität bereithält. Dabei ist es unerheblich, dass von einer Hochschule nicht die gesamte Bevölkerung mit ihren Angeboten erreicht oder das Angebot entgeltlich angeboten wird. Ferner ist die Tätigkeit obligatorisch, da die Aufgabe den Hochschulen verpflichtend auferlegt wird (§ 2 Abs. 1 S. 1 HRG). Es muss weder der Inhalt klar vorgegeben noch die Höhe des Preises festgelegt sein.<sup>21</sup> Der Betrauungsakt erfolgt bei staatlichen Hochschulen durch das jeweilige Landesgesetz, welches auch die Aufgabe zur Weiterbildung enthält. Die jeweiligen Zielvereinbarungen zwischen dem Bundesland und der Hochschule regeln Gegenstand, Dauer sowie Ausgleichszahlungen und gelten für einen Zeitraum von fünf Jahren. Wissenschaftliche Weiterbildung wird zurzeit nicht unter normalen Marktbedingungen angeboten, da diese eine Anbindung an eine Forschungseinrichtung benötigt. Private Investoren sind von sich aus nicht in der Lage derartige Bildungsangebote zu erbringen, wodurch eine zwingende Förderung dieser Tätigkeit durch staatliche Mittel essentiell ist.<sup>22</sup> Ein Beihilfeverbot würde die wissenschaftliche Weiterbildung faktisch verhindern.

Für jedes Bildungsangebot sollte eine Zuordnung zur nicht-wirtschaftlichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit vorgenommen werden und bei wirtschaftlicher Tätigkeit geprüft werden, ob auf Grund der Forschungsanbindung Art. 106 Abs. 2 AEUV greift. Sofern dies nicht der Fall ist, müssen erst die restlichen Kriterien des Art. 107 Abs. 1 AEUV überprüft werden. Solange für die wissenschaftliche Weiterbildung jedoch keine expliziten Mitteilungen der EU-Kommission oder EuGH-Urteile vorliegen, bleibt die tatsächliche Umsetzung des EU-Rechts für derartige Weiterbildungen in Deutschland im Ungewissen. Wenn jedoch die wirtschaftlichen von den nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten getrennt aufgezeichnet werden (Trennungskostenrechnung), unterliegt die staatlich finanzierte Forschung, Lehre und Weiterbildung in keinem Fall dem Beihilfeverbot. Mit einer Vollkostenkalkulation der Weiterbildungsangebote, die nicht zweifelsfrei der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit zugeordnet werden können, kann in eigenem Ermessen preispolitisch immer noch von den Vollkosten nach unten abgewichen werden,<sup>23</sup> da das Risiko einer unvereinbaren Beihilfe auf diese Preisminderungen beschränkt bleibt.

---

<sup>19</sup> Vgl. Fn. 17 Kommission 2012 C 8/02, Rn. 43, 49; EuGH-Urteil vom 24. Juli 2003, *Altmark Trans*, Rs. C 280/00.

<sup>20</sup> Vgl. Beschluss der Kommission vom 20. Dez. 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV, AZ K(2011) 9380, Vorwort Rn. 12, Art. 5 Rn. 9.

<sup>21</sup> Vgl. EuG-Urteil vom 12. Feb. 2008, *BUPA gegen Komm.*, Rs. T-289/03, Rn. 186.190, 202-203.

<sup>22</sup> Zwar gibt es auch akkreditierte private Hochschulen mit vergleichbarem wissenschaftlichen Anspruch und entsprechender Forschungsanbindung, jedoch müssen diese von Stiftungen mit nicht-profitorientiertem Investitionshorizont ebenso langfristig unterstützt werden. Vgl. A. Frank, S. Hieronimus, N. Killius, V. Meyer-Guckel (2010), *Rolle und Zukunft privater Hochschulen in Deutschland*. In: Eine Studie in Kooperation mit McKinsey & Company, Essen: Edition Stifterverband, S. 32.

<sup>23</sup> Eine Preiskalkulation aufgrund einer Vollkostenrechnung würde bei fast allen Weiterbildungsangeboten einer Hochschule zu einer Verdoppelung der Teilnahmegebühren führen und damit u. U. bestimmte Gesellschaftsschichten von vornherein ausgrenzen oder sogar die Nachfrage so gering halten, dass die jeweilige Tätigkeit wirtschaftlich unzumutbar würde.