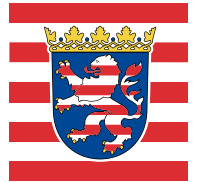


HESSEN



# Handbuch

## Europäisches Beihilferecht



Hessischer Städtetag



Hessischer Städte-  
und Gemeindebund



Hessischer  
Landkreistag



*cutting through complexity*



**Handbuch Europäisches Beihilferecht  
für Kommunen und kommunale Unternehmen**

## Impressum

Herausgeber:



Koordination:

Land Hessen  
Leitende Ministerialrätin Sabine S. Groth  
Telefon: 0611-32-3657  
E-Mail: [sabine.groth@stk.hessen.de](mailto:sabine.groth@stk.hessen.de)

Hessischer Städtetag  
Dr. Ben Michael Risch  
Telefon: 0611-1702-21  
E-Mail: [risch@hess-staedtetag.de](mailto:risch@hess-staedtetag.de)

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Rechtsanwalt Dr. Carsten Jennert LL.M.  
Telefon: 069-951195-037  
E-Mail: [cjennert@kpmg-law.com](mailto:cjennert@kpmg-law.com)

## Geleitwort des Hessischen Ministerpräsidenten

Der Erfolg des europäischen Einigungsprozesses hängt in entscheidender Weise davon ab, dass die Regionen in Europa stark und leistungsfähig sind. Es sind hier vor allem die Gemeinden, die Städte und die Kreise, die Tag für Tag europäische Politik und europäisches Recht umsetzen. Im Dialog mit ihren Bürgerinnen und Bürgern machen sie Europa so begreifbar und unterstützen dabei auch die Hessische Landesregierung in ihrem Bestreben, hessischen Belangen in Europa Gehör zu verschaffen und zur Durchsetzung zu verhelfen.



Dabei sind nicht immer alle Entscheidungen, die von den Europäischen Institutionen getroffen werden, leicht verständlich oder problemlos umzusetzen. Das Beihilferecht gehört hierzu: es betrifft unmittelbar alle Unternehmen, die Beihilfen erhalten, und alle Behörden und staatlichen Einrichtungen, die Beihilfen gewähren. Insofern sind die Kommunen und die kommunalen Gebietskörperschaften direkt betroffen, indem ihnen einerseits bei kommunalwirtschaftlicher Betätigung staatliche Fördermittel zugewendet werden oder sie selbst andererseits Bürgschaften oder Darlehen an private Unternehmen gewähren. Es ist daher ein zentrales Anliegen dieses Handbuchs, einen Überblick zu vermitteln über die für Gemeinden, Städte und Kreise wesentlichen beihilferechtlichen Fragen.

Ich bin davon überzeugt, dass das vorliegende Handbuch den vielen engagierten hauptamtlichen und ehrenamtlichen Kommunalpolitikerinnen und Kommunalpolitikern in Hessen sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in den Verwaltungen von hessischen Gemeinden, Städten und Kreisen eine wichtige Orientierungshilfe in beihilferechtlichen Fragen sein wird und sich für ihre tägliche Arbeit als wertvoll erweisen wird. Den Verfasserinnen und Verfassern der Beiträge für dieses Handbuch danke ich sehr herzlich für ihre verdienstvolle Arbeit.

Volker Bouffier  
*Hessischer Ministerpräsident*

## Geleitwort der kommunalen Spitzenverbände



Die hessischen Städte, Gemeinden und Landkreise bieten ihren Bürgerinnen und Bürgern vielfältige Dienstleistungen an. Sie betreiben oder finanzieren Tageseinrichtungen für Kinder, stellen das Trinkwasser bereit, organisieren die Abfallentsorgung, stellen den Rettungsdienst und die Krankenhausversorgung sicher und sorgen für eine Vielzahl weiterer öffentlicher Einrichtungen.



Aufgrund dieser Vielfalt an Dienstleistungen bestehen mannigfaltige Berührungspunkte mit dem europäischen Beihilferecht. Dieses muss in der kommunalen Praxis ebenso mit bedacht werden, wie das kommunale Haushaltsrecht und andere Vorschriften beachtet werden müssen.



Allerdings weist das europäische Beihilferecht auf den ersten Blick eine beeindruckende Komplexität auf. Den Städten, Gemeinden und Landkreisen im Umgang mit dieser Komplexität zu helfen, ist Anliegen dieses Handbuchs. Dabei geht es nicht darum, eine perfekte Lösung zu weisen. Diese kann es in Anbetracht der vielgestaltigen Konstellationen in der kommunalen Praxis, der nahezu ebenso zahlreichen Lösungsansätze im Europarecht und der steuerrechtlichen Implikationen nicht geben. Vielmehr verfolgt das Handbuch das Anliegen, das europäische Beihilferecht so darzustellen, dass Leserinnen und Leser einerseits einen Überblick über die Grundlagen erhalten, andererseits aber auch zielgerichtet Informationen zu typischen Praxisfällen erhalten. Unser Ziel ist es, allen Kommunen in Hessen die Möglichkeit zu geben, unter den Möglichkeiten des Beihilferechts die für sie passende zu wählen, damit sie ihre politischen Ziele umsetzen können.

Wir danken allen, die an diesem Handbuch mitgewirkt haben, insbesondere den Autorinnen und Autoren, die das Handbuch wesentlich vorangetrieben und geprägt haben.

Oberbürgermeister  
Bertram Hilgen  
*Präsident des Hessischen Städtetages*

Karl-Heinz Schäfer  
*Präsident des Hessischen Städte-  
und Gemeindebundes*

Landrat Erich Pipa  
*Präsident des Hessischen Landkreistages*

## Geleitwort von KPMG

Es ist schon fast ein Allgemeinplatz, dass das Beihilferecht in den vergangenen Jahren für die kommunale Praxis erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Das „Monti-Paket“ 2005 und das „Almunia-Paket“ 2012 mit ihren Vorgaben zur Finanzierung der Daseinsvorsorge, der IDW-Prüfungsstandard 700 zur Beurteilung beihilferechtlicher Risiken im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses sowie die gestiegene Sensibilität von Kommunalaufsicht und Rechnungsprüfungsämtern und insbesondere der Kreditinstitute bei der Vergabe von – häufig mit Kommunalbürgschaften besicherten – Darlehen haben für eine noch vor wenigen Jahren nicht absehbare Dynamik gesorgt.

Gleichzeitig aber können wir als eine der großen Beratungsgesellschaften in allen Bereichen unserer Arbeit nahezu täglich beobachten, dass wohl in wenigen Rechtsgebieten ein solches Missverhältnis zwischen praktischer Bedeutung und rechtssicherer Anwendbarkeit wie im EU-Beihilferecht besteht. Hierzu tragen die „abstrakte“ Ebene der Europäischen Union mit ihren häufig wenig vertrauten Verwaltungsvorgängen ebenso bei wie die Vielzahl an regelmäßig überarbeiteten Verordnungen, Beschlüssen, Mitteilungen und Leitlinien, die es zu beachten gilt.

Das vorliegende Handbuch hat es sich daher zum Ziel gesetzt, die aus kommunaler Sicht wichtigsten Bereiche des EU-Beihilferechts in verständlicher und praxisgerechter Weise zu erläutern und so zugleich die Hemmschwelle vor der Befassung mit dieser wichtigen Materie zu senken und ihre Anwendung zu erleichtern.

Unser Dank gilt dem Land Hessen und den kommunalen Spitzenverbände sowie allen Mitgliedern des Arbeitskreises Beihilferecht des Hessischen Städtetags für ihre Unterstützung und Kooperationsbereitschaft bei der Erarbeitung dieses Handbuchs.



Mathias Oberndörfer  
*Bereichsvorstand Public Sector*  
KPMG

Holger Kneisel  
*Regionalvorstand Region Mitte*  
KPMG

<b>Kapitel 1</b> -----	<b>8</b>
Einführung: Beihilfetatbestand und Notifizierungspflicht	
<b>Kapitel 2</b> -----	<b>30</b>
Kommunale Grundstücksverkäufe, Wirtschaftsförderung und Privatisierungen	
<b>Kapitel 3</b> -----	<b>44</b>
Kommunale Infrastrukturen	
<b>Kapitel 4</b> -----	<b>60</b>
Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge	
<b>Kapitel 5</b> -----	<b>80</b>
Darlehen und Bürgschaften zugunsten kommunaler Unternehmenn	
<b>Kapitel 6</b> -----	<b>98</b>
Die beihilferechtliche Beordnung am Beispiel der Stadt Frankfurt am Main	
<b>Kapitel 7</b> -----	<b>124</b>
Darstellung EU-beihilferechtlicher Risiken im Jahresabschluss und Lagebericht	
<b>Kapitel 8</b> -----	<b>138</b>
Die Webseiten der Kommission zum Beihilferecht -----	138
Ansprechpartner in Hessen für beihilferechtliche Fragen -----	142
Stichwortverzeichnis -----	144
Autorenverzeichnis -----	146
Die Arbeitsgruppe -----	147





# Kapitel 1

## Einführung: Beihilfetatbestand und Notifizierungspflicht



# KAPITEL 1

## Einführung: Beihilfetatbestand und Notifizierungspflicht

*Dr. Carsten Jennert, LL.M., KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

*Dr. Ben Michael Risch, Hessischer Städtetag*

### I. Einleitung

Das EU-Beihilferecht ist in der kommunalen Praxis angekommen. Spätestens mit dem Anfang 2012 verabschiedeten sog. Almunia-Paket, das die beihilferechtliche Zulässigkeit der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge durch die Mitgliedstaaten regelt, und den Flughafen-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10. Februar 2011, in der er die Notifizierungspflicht als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) anerkannte und hieraus Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern ableitet, kann niemand daran zweifeln.

Ungeachtet dieser gestiegenen Bedeutung sind die Vorgaben und rechtlichen Risiken des EU-Beihilferechts in den Kommunen aber noch weitgehend unbekannt. Die weiteren Kapitel dieses Handbuchs erläutern deshalb typische Sachverhalte im kommunalen Alltag mit beihilferechtlicher Bedeutung wie Bürgschaften, Grundstücksverkäufe, Finanzierung der Daseinsvorsorge und steuerlicher Querverbund. Zuvor werden im Rahmen dieses Kapitels die Grundlagen des Beihilfetatbestands und der beihilferechtlichen Notifizierungs- und Genehmigungspflicht anhand von Beispielen aus der kommunalen Praxis erläutert.

Vorbehaltlich der nachstehenden Erläuterungen lassen sich dabei vorab drei „Faustregeln“ festhalten:

- **Beihilferecht ist keine „Nobelpreiswissenschaft“:** Man mag es angesichts der zahlreichen Richtlinien, Verordnungen, Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen aus Brüssel (und Straßburg) kaum glauben, aber in der Mehrzahl der Fälle genügt der gesunde Menschenverstand, um feststellen zu können, ob eine bestimmte kommunale Maßnahme eine anmelde- und genehmigungspflichtige Beihilfe zugunsten eines Unternehmens darstellt. Häufig genügt hierfür ein einfacher Drittvergleich in Form der Frage, ob das jeweilige Rechtsgeschäft in seiner konkreten Form wohl auch zwischen zwei privaten Unternehmen vorstellbar ist.
- **Beihilferecht ist funktional auszulegen:** Die EU hat derzeit 28 Mitgliedstaaten, die jeweils eine eigene Rechtsordnung besitzen. Wer nur annähernd eine Vorstellung von den Verästelungen des deutschen Zivil- und Verwaltungsrechts besitzt – vom Steuerrecht oder dem Sozialrecht gar nicht zu reden – versteht schnell, dass sich das Recht der EU nicht anhand der Kriterien des deutschen Rechts auslegen und anwenden lässt, weil eine europaweit einheitliche Rechtsanwendung erforderlich ist. Bei der Auslegung europäischen Rechts ist daher stets maßgeblich, was die europäischen Institutionen mit der Regelung beabsichtigen, was ihr Sinn und Zweck ist. Begriffe des deutschen Rechts wie „öffentliches Interesse“, „Daseinsvorsorge“ oder „Betrieb gewerblicher Art“ können das Verständnis der EU-beihilferechtlichen Regelung im Sinne eines Vergleichsmaßstabs erleichtern, aber niemals für deren Auslegung verbindlich sein.

- **Beihilferecht ist interdisziplinär:** Beihilferechtliche Fragestellungen lassen sich nicht allein aus juristischer Perspektive bearbeiten. Für die praktische Problemlösung ist neben der Kenntnis des Beihilferechts auch die Berücksichtigung der steuer- und kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen wichtig. Daher müssen neben Kämmerei, Rechtsamt und Beteiligungsverwaltung auch die gegebenenfalls fachlich zuständigen Abteilungen einbezogen werden.

## II. Beihilfetatbestand

Beihilfen sind nach Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) grundsätzlich verboten. Sie müssen deshalb vor ihrer Gewährung bei der Europäischen Kommission angemeldet werden (sog. Notifizierung). Die Kommission prüft dann, ob eine Genehmigungsvorschrift eingreift, auf deren Grundlage sie die Beihilfe genehmigen kann. Eine Anmeldung ist nur dann nicht erforderlich, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen einer sog. Freistellungsregelung eingreifen.

Der Beihilfetatbestand des Artikel 107 Abs. 1 AEUV lautet:

*„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Damit eine kommunale Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstellt, muss sie somit sämtliche der folgenden fünf Voraussetzungen erfüllen:

1. Es muss sich um eine Maßnahme zugunsten eines *Unternehmens* handeln;
2. die Maßnahme muss das Unternehmen *begünstigen*;
3. die Maßnahme muss aus *staatlichen Mitteln* finanziert werden;
4. die Maßnahme muss *bestimmte* Unternehmen (oder Produktionszweige) begünstigen, d. h. sie muss selektiv sein und
5. die Maßnahme muss den *Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen* und eine *Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels* hervorrufen.

Liegt bei einer kommunalen Maßnahme eine dieser Voraussetzungen nicht vor, handelt es sich nicht um eine Beihilfe. Die geplante Maßnahme kann dann ohne beihilferechtliche Einschränkungen durchgeführt werden.

### 1. Unternehmen

Empfänger einer Beihilfe kann nur ein *Unternehmen* sein. Zuwendungen der Kommune, die ausschließlich Privatpersonen zugutekommen (zum Beispiel Sondertarife sozialer Art für bestimmte Personengruppen in öffentlichen Einrichtungen), werden daher nicht vom Beihilfeverbot erfasst.

Nach der ständigen Entscheidungspraxis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und der Kommission ist unter einem Unternehmen jede *organisatorisch selbstständige Einheit*, die eine *wirtschaftliche Tätigkeit* ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, zu verstehen.

### 1.1. Organisatorisch selbstständige Einheit: Regiebetriebe, Eigenbetriebe und kommunale Holdinggesellschaften

Die für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden typische öffentlich-rechtliche Organisationsform des Eigenbetriebs gemäß § 127 Hessische Gemeindeordnung (HGO) wird man daher als Unternehmen einstufen müssen. Aufgrund ihrer selbständigen Führung durch die Betriebsleitung und der finanzwirtschaftlichen Verwaltung als Sondervermögen der Gemeinde (§§ 2, 10 Eigenbetriebsgesetz Hessen) ist bei Eigenbetrieben eine hinreichende organisatorische Selbstständigkeit gegeben.

Ohnehin misst die Kommission dem Abgrenzungskriterium der organisatorischen Selbstständigkeit des Beihilfeempfängers mittlerweile nahezu keine Bedeutung mehr bei, sondern bezieht ausdrücklich auch Stellen der öffentlichen Verwaltung in den Anwendungsbereich des Beihilferechts ein, sofern sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dem entspricht es, dass die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis ausdrücklich auch Regiebetriebe – häufig etwa die Stadtentwässerung oder der städtische Bauhof – als Unternehmen im Sinne des Beihilfetatbestands qualifiziert hat. Nach deutschem Rechtsverständnis mag dies angesichts der Eingliederung von Regiebetrieben in die kommunale Verwaltung befremdlich erscheinen, sollte zur Risikovermeidung aber berücksichtigt werden.

Neben Eigenbetrieben, Regiebetrieben und Anstalten des öffentlichen Rechts sind kommunale Eigengesellschaften die dritte wichtige Organisationsform der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen. Speziell mit Blick auf kommunale Holdinggesellschaften, die Anteile beispielsweise am Stadtwerk und dem Verkehrsunternehmen halten, ist – etwa mit Blick auf das Rating kreditgebender Kreditinstitute – von Bedeutung, dass zwei getrennte rechtliche Einheiten aus beihilferechtlicher Sicht als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden können, die dann das Unternehmen im Sinne des Beihilfetatbestands ist. Voraussetzung für die Annahme einer solchen wirtschaftlichen Einheit ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass Kontrollbeteiligungen und funktionelle, wirtschaftliche oder institutionelle Verbindungen zwischen den Einheiten bestehen. Der bloße Besitz einer Beteiligung an einem kommunalen Unternehmen genügt für sich genommen dagegen noch nicht für die Qualifizierung als ein Unternehmen. Hinzukommen muss vielmehr, dass gewisse Kontrollaufgaben am kontrollierten Unternehmen wahrgenommen werden.

Vor diesem Hintergrund wird man kommunale Holdinggesellschaften, die Anteils- oder Mehrheitsgesellschafter der Stadtwerke und des Verkehrsunternehmens und mit diesen aus Gründen des steuerlichen Querverbands über Ergebnisabführungsverträge verbunden sind, regelmäßig als ein Unternehmen einzustufen haben. Folge hiervon ist unter anderem, dass bestimmte Schwellenwerte – beispielsweise für anmeldungsfreie De-minimis-Beihilfen von maximal 200.000 Euro in drei Steuerjahren – nicht mehrfach in Anspruch genommen werden können.

### 1.2. Wirtschaftliche Tätigkeit

Entscheidend für die Qualifizierung einer kommunalen Einrichtung als Unternehmen im Sinne des Beihilferechts ist somit die Ausübung einer *wirtschaftlichen Tätigkeit*. Hierunter ist jedes Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt zu verstehen. Allenfalls als Orientierungshilfe kann der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit gemäß § 121 HGO herangezogen werden. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten: Beispielsweise nennt der Negativkatalog des § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO Tätigkeiten wie die Abfall- und Abwasserbeseitigung, die zwar nicht im kommunalrechtlichen Sinne, sehr wohl aber nach beihilferechtlichem Maßstab wirtschaftliche Tätigkeiten sind. Es bedarf daher stets einer eigenen Prüfung anhand beihilferechtlicher Beurteilungskriterien.

### 1.2.1. Keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich

Einer Gewinnerzielungsabsicht bedarf es zur Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht. Mithin können auch Einheiten ohne Erwerbszweck, die zur Erfüllung von Gemeinwohlbelangen gegründet wurden, wie kommunale Zweckverbände, Vereine oder Stiftungen, Unternehmen im Sinne des Beihilferechts sein.

#### PRAXISBEISPIEL

Im September 1997 hatte die Europäische Kommission über Beihilfen zu Gunsten der Gemeinnützigen Abfallverwertung GmbH (GAV) aus Aachen zu entscheiden. Die GAV war ein vom Sozialwerk Aachener Christen e. V. betriebenes, nicht gewinnorientiertes Unternehmen, von dessen Beschäftigten 25 % behindert und 50 % langzeitarbeitslos waren. Ziel der Beschäftigung bei der GAV war es, diese Personen zu schulen und anschließend wieder in den regulären Arbeitsmarkt zu integrieren. Hierzu stellte die GAV Sozialarbeiter und Pädagogen zur Betreuung der Behinderten und der Langzeitarbeitslosen an. Die GAV war auf dem Abfallmarkt tätig, wo sie im Rahmen des Dualen Systems Deutschland (DSD) wiederverwertbaren Abfall sammelte, sortierte und als Sekundärrohstoff verkaufte. Die Kommission stufte diese Tätigkeit ungeachtet der fehlenden Gewinnorientierung und des sozialen Charakters des Unternehmens als wirtschaftliche Tätigkeit ein, weil ein Konkurrenzverhältnis zu gewinnorientierten Unternehmen der Abfallbranche gegeben war.

Zum Verständnis dieser mit Blick auf die gewünschten sozialpolitischen Ergebnisse widersinnigen Haltung hilft es, sich den Sinn und Zweck des Beihilferechts in Erinnerung zu rufen. Dieser besteht im Schutze eines von staatlichen Eingriffen unverfälschten Wettbewerbs. Aus Sicht eines privaten Wettbewerbers ist es aber gleichgültig, welche Art von Unternehmen – gewinnorientiert oder gemeinnützig – in Wettbewerb zu ihm tritt und gegebenenfalls durch staatliche Maßnahmen begünstigt wird. Der sich ergebende Zielkonflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs einerseits und sozial- und beschäftigungspolitisch gewünschten Maßnahmen andererseits ist daher keine Frage der wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen des Unternehmensbegriffs, sondern muss durch Genehmigung bestimmter Beihilferegeln – etwa von Beihilfen für benachteiligte oder behinderte Arbeitnehmer nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)<sup>1</sup> – gelöst werden.

### 1.2.2. Funktionales Verständnis: Unternehmensbegriff ist tätigkeitsbezogen

Keine wirtschaftliche Tätigkeit liegt vor, wenn die Kommune in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handelt, wenn sie also originär hoheitliche Tätigkeiten wahrnimmt, die in der Regel mit dem Einsatz staatlichen Zwangs verbunden sind.

Die Qualifikation einer Tätigkeit als nicht-wirtschaftlich und damit beihilferechtlich irrelevant gilt jedoch immer nur für die konkrete, unmittelbar mit der Hoheitsgewalt verbundene Tätigkeit. Denn der Unternehmensbegriff des Beihilfebegriffs ist funktional zu verstehen und deshalb tätigkeitsbezogen: Eine kommunale Stelle, die sowohl wirtschaftliche als auch hoheitliche Tätigkeiten ausübt,

<sup>1</sup> Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission 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, ABl. L 187 vom 26. Juni 2014, S. 1. Siehe hierzu: Kapitel 3 S. 48 ff..

ist nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Tätigkeit als Unternehmen anzusehen. Dieses funktionale Verständnis ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung für die kommunale Praxis:

- Erstens ist eine staatliche Stelle stets nur insoweit kein Unternehmen, als sie auch tatsächlich eine hoheitliche Tätigkeit ausübt. Beispielsweise hat die Verhängung eines Anschluss- und Benutzungszwangs etwa im Rahmen der Abfallentsorgung oder der Abwasserbeseitigung zwar hoheitlichen Charakter. Die Kommission stuft die Abfallentsorgung beziehungsweise Abwasserbeseitigung gleichwohl als wirtschaftlich und die entsprechenden kommunalen Einrichtungen folglich als Unternehmen ein, weil die Verhängung des Anschluss- und Benutzungszwangs nach ihrer Auffassung von der übrigen Tätigkeit getrennt betrachtet werden kann.
- Zweitens kommt es für die Einstufung einer Tätigkeit als hoheitlich oder wirtschaftlich und damit für die Anwendbarkeit des Beihilferechts nicht darauf an, wer diese Tätigkeit ausübt. Dies bedeutet, dass auch eine private Stelle, die – etwa im Rahmen einer Beleihung – eine hoheitliche Tätigkeit ausübt, kein Unternehmen im Sinne des Beihilferechts ist.

### 1.2.3. Dynamischer Charakter der wirtschaftlichen Tätigkeit: Staatliches Bildungssystem und öffentliche Infrastruktur

Der Charakter einer Tätigkeit als wirtschaftlich oder nicht-wirtschaftlich ist nicht statisch, sondern kann sich im Laufe der Zeit ändern und ist zudem von den Gegebenheiten im jeweiligen Mitgliedsstaat abhängig. Deshalb existiert auch keine abschließende Liste der hoheitlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten.

Aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Entwicklungen können Märkte entstehen, auf denen dann Güter oder Dienstleistungen angeboten werden und die entsprechenden Tätigkeiten wirtschaftlichen Charakter erhalten. Zu denken ist an den Bau und Betrieb von (privaten) Kindertageseinrichtungen sowie das Angebot von Zusatz-Studiengängen an den Universitäten, für die teils erhebliche Studiengebühren zu entrichten sind. Hier ist infolge der steigenden Zahl privater „Marktteilnehmer“ stets im Einzelfall zu prüfen, ob es sich um vornehmlich aus öffentlichen Mitteln finanzierte Einrichtungen im Rahmen des staatlichen Bildungssystems oder um überwiegend kommerziell finanzierte und gegebenenfalls über den staatlichen Bildungsauftrag hinaus angebotene Einrichtungen handelt. Nur im ersten Fall wird regelmäßig eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit gegeben sein, die außerhalb des Beihilferechts staatlich finanziert werden kann.

#### RISIKOHINWEIS

In der Praxis kommt es häufiger vor, dass grundsätzlich nicht-wirtschaftlich tätige Unternehmen in einzelnen Teilbereichen doch wirtschaftlich tätig sind. Aus beihilferechtlichen Gründen ist es empfehlenswert, diese Bereiche buchhalterisch zu separieren oder auszugliedern.<sup>2</sup>

Besonders deutlich wird der dynamische Charakter der wirtschaftlichen Tätigkeit schließlich an der Entwicklung im Bereich der staatlichen Infrastruktur.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Siehe dazu Kapitel 3 S. 46.

<sup>3</sup> Siehe zum Bereich der staatlichen Infrastruktur auch ausführlich Kapitel 3 S. 50 ff.

Seit der EuGH im Verfahren betreffend den Flughafen Leipzig/Halle entschieden hat, dass der Bau einer Infrastruktureinrichtung nicht von deren späterem (kommerziellen) Betrieb zu trennen ist, stuft die Kommission mittlerweile grundsätzlich alle Infrastrukturen, die gegen Entgelt kommerziell betrieben werden, als wirtschaftliche Tätigkeit und damit als beihilferechtlich relevant ein. Auf kommunaler Ebene betrifft dies insbesondere die Errichtung und den Betrieb von Fußballstadien, Mehrzweckhallen sowie von Tagungseinrichtungen.

Die öffentliche Finanzierung von kommunaler Infrastruktur, die nicht kommerziell genutzt werden soll, ist dagegen vom Anwendungsbereich der Beihilfevorschriften ausgenommen. Dies betrifft allgemeine Infrastruktur wie öffentliche Straßen, Brücken oder Grünanlagen, die ohne Gegenleistung zur öffentlichen Verwendung bereitgestellt werden, ebenso wie Infrastruktur für Tätigkeiten, die der Staat in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse wahrnimmt (zum Beispiel Polizeiinfrastruktur, Gefängnisse).

## 2. Begünstigung

Der zentrale Begriff der beihilferechtlichen *Begünstigung* ist deutlich weiter als der im deutschen Recht geläufige Begriff der „Subvention“. Unter einer Begünstigung sind daher nicht nur positive Leistungen (verlorene Zuschüsse), sondern jeder wirtschaftliche Vorteil ohne angemessene Gegenleistung zu verstehen, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, das heißt ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten hätte. Dies können sowohl positive Leistungen als auch die Befreiung von Lasten und (kommunalen) Abgaben sein, die das Unternehmen normalerweise zu tragen hätte. In Betracht kommen etwa:

- Kapitaleinlagen einer Kommune in unrentable Unternehmen oder Verlustübernahmen ohne Aussicht, zumindest langfristig eine angemessene Rendite zu erzielen;
- Grundstücksverkäufe, Miet-/Pachtverträge unterhalb der Marktpreise;<sup>4</sup>
- Dienstleistungsverträge, für die eine höhere als marktübliche Vergütung bezahlt wird;
- Bürgschaften und zinslose oder zinsgünstige Darlehen zu Konditionen, welche das Unternehmen auf dem privaten Kapitalmarkt nicht oder nur gegen Stellung weiterer Sicherheiten erhalten würde;<sup>5</sup>
- Befreiungen/Ermäßigungen von kommunalen Gebühren, Abgaben und sonstigen Betriebskosten oder
- die Erschließung von Unternehmensgrundstücken ohne angemessene Kostenbeteiligung des Eigentümers.<sup>6</sup>

### 2.1. Fremdvergleich: Der private Wirtschaftsteilnehmer als zentraler Vergleichsmaßstab

Als Maßstab für die Marktüblichkeit vergleichen der EuGH und die Europäische Kommission das Verhalten der Kommune mit dem (hypothetischen) Verhalten eines fiktiven privaten Wirtschaftsteilnehmers in der jeweiligen Konstellation, das heißt mit einem privaten Käufer, Verkäufer, Gläubiger, Investor oder Kreditgeber. Dieser sogenannte „Private-Investor-Test“ ist letztlich nichts anderes als ein Drittvergleich, wie er auch aus anderen Rechtsgebieten – etwa dem Steuerrecht – bekannt ist (Fremdvergleichsgrundsatz).

---

<sup>4</sup> Siehe dazu Kapitel 2 S. 30.

<sup>5</sup> Siehe dazu Kapitel 6 S. 80.

<sup>6</sup> Siehe dazu Kapitel 2 S. 36.

## RISIKOHINWEIS

Zumindest bei größeren Transaktionen auf kommunaler Ebene wie etwa Kapitaleinlagen in die örtlichen Stadtwerke zur (Teil-)Finanzierung des Rückkaufs von Strom- und Gasnetzen sind zur Vermeidung beihilferechtlicher Risiken höhere Anforderungen an den Private-Investor-Test zu stellen. Dies gilt sowohl für die Methodik als auch für die Dokumentation. In methodischer Hinsicht empfiehlt es sich, eine oder mehrere unabhängige Wirtschaftlichkeitsberechnungen nach der *Internal Rate of Return*- oder der *Discounted Cash Flow-Methode* einzuholen. Da die Kommission eine vor der Entscheidung über die Investition erstellte Rentabilitätsprognose verlangt (ex-ante-Maßstab), ist darüber hinaus eine sorgfältige Dokumentation der Investitionsentscheidung zu empfehlen. Nachträgliche Bewertungen und Rechtfertigungen erkennt die Kommission in aller Regel nicht an, weil sie davon ausgeht, dass ein privater Wirtschaftsteilnehmer seine Investitionsentscheidung nur auf der Grundlage ausführlicher Informationen und Unterlagen, etwa in Form von Wirtschaftsplänen, treffen würde. Das Fehlen einer entsprechenden Dokumentation spricht daher zumeist dafür, dass die fragliche Investitionsmaßnahme eine Beihilfe darstellt.

Zu beachten ist, dass insbesondere bei Direktvergaben von Dienstleistungsaufträgen an Eigengesellschaften nach Maßgabe der sogenannte Inhouse-Kriterien das Risiko besteht, eine höhere als marktübliche Vergütung zu bezahlen. Die Kommission hat – wenngleich dogmatisch nicht überzeugend – wiederholt deutlich gemacht, dass in diesen Konstellationen ungeachtet der nicht gegebenen Wettbewerbsverfälschung eine Beihilfe gegeben sein kann. In den Jahren 2013/2014 hat sie auf Beschwerde eines ausländischen Wettbewerbers hin mehrere Auskunftersuchen an Deutschland betreffend der Vergabe von Rettungsdienstleistungen durch Kommunen in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Sachsen ohne Ausschreibungsverfahren gerichtet und eine Anpassung der Verträge an die Vorgaben des sogenannten Almunia-Pakets<sup>7</sup> verlangt. Ob eine denkbare Bemessung des Entgelts direkt vergebener Aufträge nach Maßgabe der Grundsätze des öffentlichen Preisrechts<sup>8</sup> eine Begünstigung des Unternehmens ausschließt, wurde von der Kommission bislang nicht entschieden.

### 2.2. Objektivität des Beihilfebegriffs

Der Beihilfebegriff ist ein objektiver Begriff. Darauf, ob die Beihilfe bewusst oder gar schuldhaft gewährt wird, kommt es folglich nicht an. Unbeachtlich ist auch, ob mit der Beihilfe wirtschafts-, sozial-, gesundheits-, umweltpolitische oder andere Ziele verfolgt werden. Maßgeblich ist allein die begünstigende Wirkung. Deshalb erkennen EuGH und Kommission auch sogenannte „Umwegrenditen“, das heißt wirtschaftsfördernde Effekte bestimmter staatlicher Beihilfen wie etwa Kapitaleinlagen zugunsten defizitärer Wirtschaftsförderungs- oder Messegesellschaften zur Erzielung höherer Steuereinnahmen und der lokalen Bindung von Kaufkraft, nicht an. Denn sie kommen der öffentlichen Hand ausschließlich in ihrer staatlichen Funktion zugute und sind für einen privaten Investor, der den Vergleichsmaßstab für die Kommune in ihrer Eigenschaft als Anteilseigner bildet, regelmäßig irrelevant. Die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zielsetzung einer Beihilfe kann aber wie erwähnt auf der Genehmigungsebene des Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV in Verbindung mit diversen Verordnungen und Mitteilungen Berücksichtigung finden.

<sup>7</sup> Siehe dazu Kapitel 4 S. 63.

<sup>8</sup> Verordnung PR Nr. 3053 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, zuletzt geändert durch Artikel 70 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864) i. V. m. den Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP).



### 2.3. Keine Begünstigung bei Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien

Ausnahmsweise schon keine Begünstigung ist gegeben, wenn Zahlungen der Kommune an Unternehmen der Daseinsvorsorge wie Verkehrsunternehmen und Bäderbetriebe die vier sogenannten Altmark-Trans-Kriterien erfüllen. Diese Konstellation ist vor dem Hintergrund des Almunia-Pakets allerdings nur noch in den praktisch seltenen Fällen außerhalb des Verkehrssektors<sup>9</sup> relevant, in denen die Ausgleichszahlung den Schwellenwert von 15 Millionen Euro per annum überschreitet, keine anderen Befreiungstatbestände<sup>10</sup> eingreifen und gleichzeitig eine Notifizierung der Ausgleichszahlung bei der Europäischen Kommission auf der Grundlage des sogenannten Dawl-Rahmens<sup>11</sup> vermieden werden soll.

Die Altmark-Trans-Kriterien sind gesetzlich nicht geregelt, sondern gehen ausschließlich auf die Entscheidung des EuGH vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00 betreffend Ausgleichszahlungen des Landkreises Stendal an das ÖPNV-Unternehmen Altmark Trans GmbH zurück. Sie entsprechen im Wesentlichen den Voraussetzungen des sogenannten Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU des Almunia-Pakets, die in Kapitel 5 näher erläutert werden. Zusätzlich zu den dort genannten Voraussetzungen muss die Kommune jedoch, sofern sie das bezuschusste Unternehmen nicht im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens beauftragt hat, die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Kostenanalyse bestimmen. Die Ausgleichszahlung der Kommune ist danach begrenzt auf die Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Sachmitteln ausgestattet ist, dass es die in Rede stehenden Daseinsvorsorge-Aufgaben erfüllen kann, bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hätte. Dabei sind die erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen. Das vierte Altmark-Trans-Kriterium erfordert somit einen Nachweis in Form einer Benchmark-Untersuchung oder eines analytischen Kostengutachtens und häufig auch eine aufwändige Anpassung der Kostenstrukturen, um die vorgegebene Kostenobergrenze einzuhalten.

Die Altmark-Trans-Lösung bietet den „Vorteil“, dass sie ein Notifizierungsverfahren bei der Kommission, dessen Ergebnis unter Umständen nicht in jeder Hinsicht vorhersehbar ist, vermeidet. Der „Nachteil“ liegt in der erläuterten Begrenzung der Ausgleichszahlung auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Zudem hat die Kommission soweit ersichtlich seit 2003 in keinem einzigen Beihilfeverfahren den Nachweis der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens mit der Folge akzeptiert, dass bereits tatbestandlich keine Beihilfe gegeben war. Dies mag auch politische Gründe haben, weil in diesem Fall die Kontrollkompetenz der Kommission von vornherein entfallen würde. Dessen ungeachtet ist einzuräumen, dass in den wenigsten Fällen belastbare Vergleichsdaten anderer Unternehmen der jeweiligen Branche in ausreichender Zahl vorhanden sein dürften, die eine Kostenermittlung in der vom EuGH geforderten Form erlauben. Insgesamt ist die Altmark-Trans-Lösung daher mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.

Vor diesem Hintergrund ist die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens in den Fällen, in denen die Ausgleichszahlung für eine Dawl den Betrag von 15 Millionen Euro per annum überschreitet, zu empfehlen. Dies bietet zwei Vorteile: Zum Einen erlaubt der Dawl-Rahmen grundsätzlich die Erstattung der tatsächlich durch die Erfüllung der Daseinsvorsorge-Aufgabe entstandenen Kosten ohne Begrenzung auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Zum Anderen schließt das Notifizierungsverfahren mit einer rechtsverbindlichen Genehmigungsentscheidung der

---

<sup>9</sup> Für Finanzierungsleistungen im ÖPNV/SPNV gilt die Verordnung 1370/2007/EU vom 23.10.2007, ABl. L 315 vom 03.12.2007, S. 1.

<sup>10</sup> Etwa für Kulturinfrastruktur, vgl. Art. 53 AGVO.

<sup>11</sup> Siehe hierzu Kapitel 4 S. 64.

Kommission ab. Anders als im Falle der Altmark-Trans-Lösung, bei der unsicher ist, ob die Kommission den Kostennachweis im Überprüfungsfall vollumfänglich anerkennt, erhalten Kommune und kommunales Unternehmen als Folge eines Notifizierungsverfahrens daher Rechtssicherheit hinsichtlich der Beihilferechtskonformität der fraglichen Ausgleichszahlungen.

### **3. Finanzierung aus staatlichen Mitteln**

Nur solche wirtschaftlichen Vorteile, die die Kommune einem Unternehmen aus staatlichen Mitteln gewährt, sind beihilferechtlich relevant. Das EU-Recht steht dem innerstaatlichen Verwaltungsaufbau der Mitgliedstaaten neutral gegenüber. Mithin sind auch Mittel aus dem kommunalen Haushalt staatliche Mittel im Sinne des Beihilferechts.

Von erheblicher Bedeutung für die kommunale Praxis ist zunächst, dass auch Mittel öffentlicher Unternehmen staatliche Mittel im Sinne des Beihilfetatbestands sein können. Dies ist etwa bei der Verlustfinanzierung über Ergebnisabführungsverträge nach § 302 Aktiengesetz (AktG) von Bedeutung. Öffentliche Unternehmen sind nach der sog. Transparenz-Richtlinie 2006/111/EG, die durch das Transparenzrichtlinien-Gesetz in deutsches Recht umgesetzt wurde, alle Unternehmen, auf welche die öffentliche Hand aufgrund Eigentum, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Dies können beispielsweise auch kommunale Stiftungen, Zweckverbände oder Sparkassen sein.

Allerdings verbietet das EU-Recht den Kommunen nicht, sich wirtschaftlich zu betätigen. Deshalb bedarf es über den Umstand hinaus, dass eine bestimmte Maßnahme mit Mitteln eines kommunalen Unternehmens finanziert wird, noch der Zurechenbarkeit der Maßnahme zur Kommune, das heißt eines Nachweises, dass die Kommune das kommunale Unternehmen konkret veranlasst hat, die fragliche Beihilfemaßnahme – etwa die Gewährung einer Bürgschaft zugunsten einer Tochtergesellschaft – zu ergreifen. In der Praxis handelt es sich dabei jedoch letztlich nur um eine theoretische Einschränkung. Denn die Kommission lässt es für die Zurechenbarkeit regelmäßig ausreichen, dass die beschließenden Organe mit Vertretern der öffentlichen Hand besetzt sind. Bei den Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen, denen neben Vertretern der Arbeitnehmer typischerweise Mitglieder kommunaler Gremien angehören, ist dies regelmäßig der Fall. Im Ergebnis muss daher davon ausgegangen werden, dass die Maßnahmen kommunaler Unternehmen grundsätzlich aus staatlichen Mitteln finanziert und insoweit beihilferechtlich relevant sind. Auch die Tatsache, dass das öffentliche Unternehmen gegebenenfalls selbst Empfänger einer Beihilfe ist – etwa in Form von Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge – ändert hieran nichts.

Darüber hinaus ist im Hinblick auf das Erfordernis staatlicher Mittel dreierlei relevant:

- Erstens setzt die Gewährung einer Beihilfe aus staatlichen Mitteln nicht zwingend voraus, dass die Mittel auch tatsächlich übertragen werden. Vielmehr genügt bereits die Schaffung eines hinreichend konkreten Risikos einer künftigen Belastung des kommunalen Haushalts, wie dies beispielsweise bei der Gewährung einer kommunalen Ausfallbürgschaft der Fall ist. Auch eine konkrete und verbindliche Zusage – etwa im Rahmen eines Förderbescheids, einer harten Patronatserklärung oder gesetzlicher Verlustübernahmepflichten –, zu einem späteren Zeitpunkt Mittel zur Verfügung zu stellen, stellt nach der Auffassung der Kommission bereits eine Übertragung staatlicher Mittel im beihilferechtlichen Sinne dar. Dies ist etwa für den Zeitpunkt einer erforderlichen Notifizierung ebenso wie für den Beginn der Verjährung der Rückforderungsbefugnis von Bedeutung.

- Zweitens können auch Mittel aus den Strukturfonds der EU oder von internationalen Organisationen wie dem Internationalen Währungsfonds oder der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung staatliche Mittel im Sinne des Beihilferechts sein. Dies gilt dann, wenn die Verwendung der Mittel, insbesondere die Auswahl des Empfängers, im Ermessen der (kommunalen) Behörden steht. Werden die Mittel dagegen direkt von der EU und so weiter vergeben, ohne dass die Kommune über einen Ermessensspielraum verfügt – z. B. im Rahmen der Förderprogramme „Horizont 2020“ und „COSME“ – handelt es sich nicht um staatliche Mittel im Sinne des Beihilferechts.
- Drittens stellt auch der Verzicht auf Einnahmen, welche die Kommune andernfalls erhalten hätte, eine Beihilfe dar. Dies kommt etwa bei dem Verzicht der Kommune auf die Erhebung von Erschließungs- oder Abwasser-/Abfallgebühren zugunsten ansiedlungsbereiter Unternehmen sowie bei marktunüblichen Vergütungsregelungen in Verträgen in Betracht.

### PRAXISBEISPIEL

Eine typische beihilfebehaftete Vertragsklausel lautet etwa: *„Der Pachtzins beträgt 300.000 Euro jährlich. Er fällt an und ist zu entrichten nur in den Jahren, in denen er erwirtschaftet worden ist. Das ist dann der Fall, wenn die Erträge die Aufwendungen – vor Abzug des Pachtzinses, der Körperschaft- und Gewerbesteuer – übersteigen.“* Wird diese Regelung mit einem strukturell dauerdefizitären Unternehmen – etwa einem kommunalen Bäderbetrieb – abgeschlossen, ist von vornherein klar, dass der Pachtzins faktisch nie bezahlt werden wird. Ein privater Verpächter als hypothetischer Vergleichsmaßstab würde einen solchen Vertrag nicht abschließen. Sofern die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, liegt daher eine Beihilfe zugunsten des Bäderbetriebs vor, die jedoch als Ausgleichszahlung für Dawl-Leistungen von der Notifizierungspflicht befreit sein kann<sup>12</sup>).

## 4. Selektivität

Der Beihilfetatbestand setzt weiter voraus, dass die Maßnahmen einem *bestimmten* Unternehmen oder Produktionszweig einen Vorteil gegenüber anderen verschaffen, also selektiv wirken. Durch das Erfordernis der Selektivität sollen insbesondere allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen eines Mitgliedstaats vom Anwendungsbereich des Beihilferechts ausgenommen werden, die allen zugutekommen und daher kein Unternehmen im Wettbewerb gegenüber anderen bevorzugen. Dementsprechend ist die Selektivität vor allem bei der beihilferechtlichen Beurteilung bundesgesetzlicher Regelungen wie etwa dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und der Steuergesetzgebung strittig. Die ganz überwiegende Anzahl kommunaler Beihilfen ist dagegen eindeutig selektiv. Die Selektivität kann dabei in drei Erscheinungsformen eine Rolle spielen:

- Bei der De-jure-Selektivität ergibt sich die Bevorzugung bestimmter Unternehmen unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung. Zu denken ist etwa an die Möglichkeit zum Erwerb günstiger Gewerbestandstücke oder die Anmietung von Büro- und Produktionsräumen zu reduzierten Mieten für Unternehmen einer bestimmten Branche, wie dies in kommunalen Gründer- und Technologiezentren häufig der Fall ist.
- Eine De-facto-Selektivität kann vorliegen, wenn die förmlichen Kriterien für die Inanspruchnahme einer staatlichen Maßnahme zwar allgemein und objektiv formuliert sind, die Maßnahme tatsächlich aber so ausgestaltet ist, dass bestimmte Unternehmen davon stärker als andere profitieren. Dies kann bei kommunalen Infrastrukturen wie Parkplätzen der Fall sein,

<sup>12</sup> Siehe hierzu Kapitel 3 S. 52 ff., Kapitel 4 S. 65 ff.

die vordergründig allen potentiellen Nutzern zur Verfügung stehen, tatsächlich aber ausschließlich oder überwiegend einem direkt neben dem Parkplatz angesiedelten Unternehmen zugutekommen.

- Eine ermessensabhängige Selektivität ist gegeben, wenn eine Förderregelung zwar für alle Unternehmen gilt, die Kriterien für die Inanspruchnahme der Förderregelung aber unbestimmt formuliert sind und/oder ihre Erfüllung nicht zu einem Rechtsanspruch auf Förderung führt, sondern die Verwaltung über ein Ermessen hinsichtlich der Gewährung der Förderung verfügt. Dies kann etwa bei Gewährung von Leistungen der begleitenden Hilfe im Arbeitsleben zugunsten von Arbeitgebern gemäß § 102 Abs. 2 Sozialgesetzbuch (SGB) IX in Verbindung mit der Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabeverordnung (SchwbAV) durch die Integrationsämter der Fall sein.

## **5. Drohende Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten**

Die identifizierten Zuwendungen der Kommunen an (ihre kommunalen) Unternehmen müssen zu einer – zumindest potentiellen – *Verfälschung des Wettbewerbs* und zu einer *Beeinträchtigung des Handels* zwischen Deutschland und anderen EU-Mitgliedstaaten führen. EuGH und Kommission grenzen beide Voraussetzungen zumeist nicht trennscharf voneinander ab, so dass sie auch nachfolgend gemeinsam erläutert werden sollen.

### **5.1. Allgemeines**

Ganz generell ist von einer Wettbewerbsverfälschung auszugehen, wenn eine kommunale Maßnahme ein Unternehmen in einem liberalisierten Markt gegenüber seinen Wettbewerbern stärkt, indem sie dieses beispielsweise von Kosten befreit, die das Unternehmen im Rahmen seiner laufenden Geschäftstätigkeit zu tragen gehabt hätte. Dabei ist die Kommission nicht zum Nachweis verpflichtet, dass die Maßnahme den Wettbewerb tatsächlich verfälscht hat. Ebenso wenig soll es erforderlich sein, den jeweiligen Markt genau abzugrenzen oder die Auswirkungen der subventionierenden Maßnahme im Einzelnen darzulegen, sondern es genügt regelmäßig die Eignung der Beihilfe, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zu beeinträchtigen.

Der Umstand, dass die öffentliche Hand eine Dienstleistung im Wege der *Inhouse*-Vergabe auf eine Eigengesellschaft oder einen Eigenbetrieb überträgt, obgleich sie die Dienstleistung auch an einen Dritten hätte vergeben können, soll nach Auffassung der Kommission eine etwaige Wettbewerbsverfälschung – wohl wegen der fortbestehenden *Möglichkeit* der Wettbewerbsverfälschung – nicht ausschließen. Dies vermag mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 ÖPNV/SPNV-Verordnung 1370/2007 jedenfalls dann nicht zu überzeugen, wenn es dem *Inhouse*-beauftragten Unternehmen qua Satzung untersagt ist, weitere Aufträge außerhalb des Zuständigkeitsgebiets des kommunalen Gesellschafters anzunehmen. Eine entsprechende Regelung ist schon zur dauerhaften Erfüllung der *Inhouse*-Konstellation empfehlenswert. In diesem Fall kann auch eine bloß potentielle Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen werden und die Vergütung des *Inhouse*-beauftragten Unternehmens stellt keine Beihilfe dar.

### **5.2. Lokaler Charakter der Tätigkeit schließt Wettbewerbsverfälschung/ Handelsbeeinträchtigung in der Regel nicht aus**

Aus kommunaler Sicht wird insoweit häufig darauf hingewiesen, dass insbesondere zahlreiche Leistungen der Daseinsvorsorge ausschließlich „vor Ort“ erbracht werden. Angesichts dieses lokalen Charakters und des häufig geringen wirtschaftlichen Volumens vieler Beihilfen fehle es an einer gemeinschaftsweiten Bedeutung.

Dabei wird jedoch übersehen, dass eine Wettbewerbsverfälschung/ Handelsbeeinträchtigung nicht nur dort in Betracht kommt, wo das (kommunale) Unternehmen selbst grenzüberschreitend tätig ist, weil es etwa in einer grenznahen Region angesiedelt ist. Vielmehr genügt es nach der Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich, wenn es für die Tätigkeit des Unternehmens einen gemeinschaftsweiten Markt mit (privaten) Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten gibt, wie beispielsweise im Messe- und Kongresssektor. Denn in diesem Fall führt die Finanzierung des (kommunalen) Unternehmens vor Ort dazu, dass es den Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten erschwert oder unmöglich gemacht wird, ihre Leistungen vor Ort anzubieten. Diese „Theorie“ von der Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung durch Erschwerung des Marktzutritts hat der EuGH in seiner Altmark-Trans-Entscheidung ausdrücklich für den kommunalen ÖPNV und damit für eine typische lokal gebundene Tätigkeit kommunaler Unternehmen entwickelt.

Auch das Argument des geringen wirtschaftlichen Volumens vieler Beihilfen zugunsten lokaler Unternehmen hilft nur eingeschränkt weiter. Denn nach der „Standardformel“ von EuGH und Kommission schließen weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus, weil es keine Schwelle und keinen Prozentsatz gibt, bis zu der oder dem davon ausgegangen werden könnte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt ist.

Dies ist nur teilweise richtig, weil nach der sogenannten *De-minimis*-Verordnung 1407/2013 und der *Dawl-De-minimis*-Verordnung 360/2012<sup>13</sup> sogenannte transparente Beihilfen bis 200.000 Euro beziehungsweise 500.000 Euro im Dawl-Bereich innerhalb von drei Steuerjahren, die bestimmte formale Kriterien erfüllen, keine wettbewerbsverfälschende/handelsbeeinträchtigende Wirkung haben und deshalb von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht befreit sind. Freilich ergibt sich daraus im Umkehrschluss auch, dass Beihilfen, die diese Beträge überschreiten, grundsätzlich eine wettbewerbsverfälschende/ handelsbeeinträchtigende Wirkung unabhängig davon haben, wie hoch sie ausfallen, wie groß und wirtschaftlich bedeutend der Beihilfeempfänger ist und ob er seine Tätigkeit im Wesentlichen lokal oder europaweit ausübt.

Zwar hat die Kommission auch darüber hinaus in wenigen Einzelfällen die wettbewerbsverfälschende/handelsbeeinträchtigende Wirkung einer Beihilfe aufgrund der rein lokalen Auswirkungen verneint. Allerdings hat sie dabei auf Kriterien abgestellt, die für die betroffenen Kommunen regelmäßig nicht mit eigenen personellen und fachlichen Ressourcen zu prüfen sein dürften und aufgrund der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe mit so erheblichen Restrisiken verbunden sind, dass nicht empfohlen werden kann, auf ihrer Grundlage von einer Notifizierung abzusehen:

1. Die Zuwendung führt nicht dazu, dass die betreffende Region Nachfragen oder Investitionen anzieht, und sie schafft keine Hindernisse für die Niederlassung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten,
2. die Waren beziehungsweise Dienstleistungen, die der Beihilfeempfänger anbietet, sind rein lokaler Art oder geografisch gesehen nur für ein begrenztes Gebiet von Interesse, und
3. es sind höchstens marginale Auswirkungen auf die Märkte und für Verbraucher in benachbarten Mitgliedstaaten zu erwarten.

---

<sup>13</sup> Siehe hierzu Kapitel 4 S. 64.

## DIE LEGENDE VOM FREIZEITBAD DORSTEN

Es gibt in der kommunalen Praxis wohl keinen berühmteren Beihilfe-Fall als jenen des Freizeitbads Dorsten. Die Kommission hatte dort eine wettbewerbsverfälschende/handelsbeeinträchtigende Wirkung der kommunalen Finanzierung des örtlichen Freibads – und damit letztlich die Anwendbarkeit des Beihilferechts – unter anderem mit der Begründung verneint, dass der Einzugsbereich des Schwimmbads rund 50 Kilometer betrage, die niederländische Grenze aber weiter entfernt sei und zudem rund 90 % der Besucher voraussichtlich aus dem Stadtgebiet kämen.

Diese Entscheidung der Kommission vom Januar 2001 wird seitdem immer wieder als Beleg dafür herangezogen, dass die Finanzierung kommunaler Tätigkeiten aufgrund ihrer Ausrichtung auf die lokale Bevölkerung keine wettbewerbsverfälschende Wirkung habe und folglich nicht dem EU-Beihilferecht unterfalle. Auch die Kommission selbst hat bis heute in verschiedenen Unterlagen den Fall des Freizeitbads Dorsten immer wieder als Beispiel aufgeführt. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass die Berufung auf den Fall des Freizeitbads Dorsten für die Kommune mit erheblichen Risiken verbunden sein kann:

Zum Einen hat die Kommission dort auf den konkreten Einzugsbereich – rund 50 Kilometer – abgestellt. Dieser Einzugsbereich ist also stets individuell anhand der konkreten Einrichtung und ihrer Attraktivität zu bestimmen. Dies ist nicht nur mit bestimmten Einschätzungsrisiken verbunden, sondern bedarf insbesondere auch der sorgfältigen Dokumentation.

Zum Anderen hat die Kommission im Fall des Freizeitbads Dorsten nur eine Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung mit Blick auf den Endverbraucher, das heißt die Besucher, geprüft. Die Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung durch „Erschwerung des Marktzutritts“ für andere Schwimmbadbetreiber, wie sie vorstehend erläutert wurde, hat dagegen keine Rolle gespielt. Aus gutem Grund: Denn die Stadt Dorsten hatte den Bau und die Betriebsführung des Freizeitbads als Konzession europaweit ausgeschrieben und den Zuschussbedarf des Schwimmbads als Entgelt an den Konzessionär ausgestaltet. Dies hat beihilferechtlich zwei Folgen: Erstens handelt es sich bei der Zuzahlung nicht mehr um eine Begünstigung im Sinne des Beihilfebegriffs, sondern um eine marktübliche Gegenleistung für den Betrieb des Schwimmbads. Zweitens lässt das europaweite Ausschreibungsverfahren die Selektivität der Maßnahme zugunsten eines bestimmten Unternehmens entfallen, weil alle Marktteilnehmer die Chance hatten, den Zuschlag und damit die Zuzahlung zu erhalten.

**Fazit:** Bei der Finanzierung kommunaler Einrichtungen ist stets sorgfältig zu prüfen, ob (i) der Einzugsbereich der Einrichtung in das benachbarte EU-Ausland reicht und (ii) ob die betreffende Einrichtung auf Betriebsebene mit europaweit tätigen Unternehmen im Wettbewerb steht. Dies kann etwa bei städtischen Kongresszentren der Fall sein, deren Veranstaltungsräume mit den Tagungsangeboten europaweit tätiger Hotelketten im Wettbewerb stehen. Nur sofern beide Aspekte verneint werden können, scheidet eine Anwendung des Beihilferechts mangels Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung aus.

### III. Notifizierungspflicht: Verfahren und Rechtsfolgen bei Verstoß

Beihilfen sind im Grundsatz verboten. Sie müssen deshalb vor ihrer Gewährung bei der Europäischen Kommission angemeldet werden, sofern nicht ausnahmsweise ein sog. Freistellungstatbestand – etwa für Bagatellbeihilfen nach der *De-minimis*-Verordnung oder für Ausgleichszahlungen im Bereich der Daseinsvorsorge – eingreift. Die Kommission prüft dann, ob eine Genehmigung nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV i. V. m. einer der dazu erlassenen Ausführungsvorschriften in Betracht kommt. Beispiele hierfür sind die Leitlinien für Regionalbeihilfen und für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen zugunsten notleidender Unternehmen. Die Anmeldung bei der Kommission lässt das beihilferechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht entfallen, das heißt die Kommune darf die Beihilfe nicht gewähren, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat oder die sog. Genehmigungsfiktion gemäß Art. 4 Abs. 6 der Beihilfeverfahrensverordnung 659/1999 eingetreten ist. Danach gilt die Beihilfe als genehmigt, wenn die Kommission innerhalb von zwei Monaten ab Eingang der vollständigen Anmeldung keine Entscheidung erlassen hat. Maßgeblich für die Gewährung der Beihilfe ist nicht der Zeitpunkt der Auszahlung, sondern bereits der Erwerb des Rechtsanspruchs auf die Beihilfe.<sup>14</sup>

#### 1. Notifizierungspflicht

##### 1.1. Anmeldung

Adressat der Notifizierungspflicht sind ausschließlich die Mitgliedstaaten und ihre Verwaltungsebenen, in Deutschland also unter anderem die Kommunen, nicht dagegen die Unternehmen als Beihilfeempfänger. Dies gilt auch dann, wenn die Beihilfe über ein kommunales Unternehmen an den finalen Empfänger – etwa eine Enkelgesellschaft – gewährt wird.

Da die Kommission formell nur mit den Mitgliedstaaten kommuniziert, wendet sich die Kommune im Falle eines Notifizierungsvorhabens oder eines sonstigen beihilferechtlichen Anliegens an das für Beihilferecht zuständige Referat II.1 im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung („Wirtschaftspolitik“; Referatsleiter: Dr. Heinrich Gräber), welches dann den Kontakt zum Referat E A 6 im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) in Berlin herstellt. Mit Blick auf den Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung entspricht es der gelebten Praxis im Beihilferecht, dass sich das BMWi bei kommunalen Beihilfeverfahren auf die Übermittlung von Unterlagen an/von Brüssel beschränkt und keine eigene inhaltliche Position bezieht, sofern kein übergeordnetes Bundesinteresse gegeben ist. Vergleichbares gilt für die Beihilfereferate der Landeswirtschaftsministerien, die allerdings in Abhängigkeit von den personellen Ressourcen und der Bedeutung des einzelnen Falles den Kommunen durchaus beratend zur Seite stehen.

##### 1.2. Notifizierungsverfahren

Das Notifizierungsverfahren ist in seinen wesentlichen Elementen einem Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vergleichbar und wie dieses gesetzlich geregelt. Die unmittelbar anwendbare Beihilfeverfahrensverordnung 659/1999 regelt unter anderem Beteiligte, Fristen, Auskunfts- und Informationsrechte sowie Zwangsmittel. In der Verfahrenspraxis ist zudem der *Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren* der Kommission von Juni 2009 von Bedeutung, in dem die Kommission erläutert, wie sie bestimmte typische Verfahrenskonstellationen handhabt.

---

<sup>14</sup> siehe oben S. 9 ff..



Das Notifizierungsverfahren gliedert sich im Wesentlichen in drei Verfahrensstufen und wird in der Regel mit einer Entscheidung der Kommission abgeschlossen, die gerichtlich durch eine Nichtigkeitsklage zum Europäischen Gericht (EuG) überprüft werden kann:

- **Prä-Notifizierung:**

Die Kommission bietet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, im Rahmen einer Voranmeldephase die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte eines geplanten Beihilfevorhabens informell zu erörtern, um die sich gegebenenfalls anschließende förmliche Anmeldung vorzubereiten. Hierzu übermitteln die Kommunen der Kommission mit Unterstützung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung (HMWEVL) über das sogenannte SANI<sup>15</sup>-Formular einen Anmeldungsentwurf mit einer kurzen Zusammenfassung des Beihilfevorhabens und den für die Prüfung notwendigen Informationen. Die Kommissionsdienststellen organisieren in der Regel innerhalb von zwei Wochen nach Empfang des Anmeldungsentwurfs einen ersten Vorabkontakt, der aus Zeitgründen häufig zunächst nur über E-Mail oder als Telefonkonferenz erfolgt. Im Rahmen der Voranmeldung werden dann die wesentlichen Aspekte des Beihilfevorhabens erörtert und erforderlichenfalls gemeinsame Änderungsvorschläge für problematische Aspekte erarbeitet, bevor die Beihilfe sodann förmlich angemeldet (notifiziert) wird. Ist eine Voranmeldung erfolgt, entscheidet die Kommission regelmäßig innerhalb von zwei Monaten nach der förmlichen Anmeldung über das Vorhaben.

- **Vorprüfverfahren**

Nach der informellen Prä-Notifizierung oder auch ohne diese übermittelt die Kommune mit Unterstützung des HMWEVL wiederum über das SANI-Formular die formelle Anmeldung des Beihilfevorhabens. Die Kommission entscheidet auf der Grundlage der Anmeldung, ob die angemeldete Maßnahme überhaupt eine Beihilfe darstellt und – sofern dies der Fall ist – ob eine Genehmigung zweifelhaft erscheint. Ist eine von beiden Voraussetzungen nicht erfüllt, erlässt sie eine entsprechende Entscheidung und die Kommune kann die Maßnahme wie geplant durchführen. Diese Entscheidung muss die Kommission grundsätzlich innerhalb von zwei Monaten ab dem Eingang der vollständigen förmlichen Anmeldung erlassen; andernfalls gilt die Maßnahme als genehmigt. In der Praxis wird diese Zwei-Monats-Frist allerdings häufig dadurch ausgehebelt, dass die Kommission zuvor Rückfragen zum Auskunftersuchen stellt und die Anmeldung deshalb nicht als vollständig gilt, mit der Folge, dass auch die Zwei-Monats-Frist nicht abläuft.

- **Förmliches Prüfverfahren:**

Stellt die Kommission dagegen im Rahmen des vorläufigen Prüfverfahrens fest, dass die angemeldete Maßnahme (i) eine Beihilfe ist und (ii) Bedenken im Hinblick auf ihre Genehmigungsfähigkeit bestehen, leitet sie das förmliche Prüfverfahren ein. An die nur in wenigen Fällen getroffene Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens knüpfen sich eine ganze Reihe unterschiedlicher Rechtsfolgen. Hierzu zählen unter anderem die Veröffentlichung der Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens im EU-Amtsblatt, durch welche Wettbewerber des Beihilfeempfängers Kenntnis von der Beihilfe und Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, sowie die Befugnis der Kommission, zwangsgeldbewehrte Auskunftersuchen an Wettbewerber und Unternehmensvereinigungen zu stellen. Das förmliche Prüfverfahren wird ebenfalls mit einer Verwaltungsentscheidung der Kommission abgeschlossen, die durch alle Beteiligten – das heißt durch den Mitgliedstaat, den Beihilfeempfänger sowie Wettbewerber – gerichtlich überprüft werden kann. Die Kommission soll das förmliche Prüfverfahren grundsätzlich innerhalb von 18 Monaten nach der Eröff-

---

<sup>15</sup> *State Aid Notification Information-System*; es handelt sich dabei um ein elektronisches Anmeldungs- und Dokumentenverwaltungssystem.



nung abschließen. Die Praxis zeigt jedoch, dass diese Frist aufgrund der technisch und wirtschaftlich häufig sehr komplexen Sachverhalte – etwa bei einer Investitionsbeihilfe für die Erweiterung eines Produktionsstandortes eines Automobilherstellers – häufig nicht eingehalten werden kann.

### **PRAXISTIPP**

Gegen eine Notifizierung von Beihilfen wird auf kommunaler Ebene häufig die lange Verfahrensdauer von Beihilfeverfahren eingewandt, die angeblich mehrere Jahre betrage und Vorhaben so blockieren könne. Dieser Einwand dürfte zumindest teilweise auf einer Fehleinschätzung beruhen. Denn die öffentliche Wahrnehmung von Beihilfeverfahren wird in erheblichem Umfang von Verfahren bestimmt, deren Ausgangspunkt nicht eine ordnungsgemäße Notifizierung des Mitgliedstaats, sondern die Beschwerde eines Wettbewerbers betreffend die Gewährung von Beihilfen unter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht ist. Dies war etwa bei sämtlichen Flughäfen-Fällen, dem Verfahren gegen den Verkehrsverbund Rhein-Ruhr ebenso wie bei dem Verfahren betreffend die Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz der Fall.

Für diese Fälle gelten jedoch in mehrfacher Hinsicht andere „Spielregeln“: Zum Einen finden die vorstehend genannten Fristen des Notifizierungsverfahrens (Genehmigungsfiktion nach zwei Monaten; Entscheidung im förmlichen Prüfverfahren möglichst nach 18 Monaten) keine Anwendung. Zum Anderen beantworten die beihilfegewährenden Stellen die Auskunftsersuchen der Kommission in diesen Fällen häufig nur unvollständig und der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit, das Verfahren durch neuen Sachvortrag weiter zu betreiben. Schließlich bearbeitet die Kommission die notifizierten Beihilfen bevorzugt, um die Einhaltung der beihilferechtlichen Vorgaben zu honorieren. Tatsächlich werden die meisten Notifizierungsverfahren daher in überschaubaren Zeiträumen abgeschlossen.

Geht man davon aus, dass Beihilfevorhaben in der kommunalen Praxis ohnehin selten „von heute auf morgen“ umsetzbar sind und für die Einholung anwaltlicher Gutachten zur „Absicherung“ ebenfalls Zeit und Geld erforderlich sind, welche besser in eine ordentliche Vorbereitung der Notifizierung investiert werden könnten, dürfte der Zeitaspekt somit – zumal angesichts der mit einem Verstoß gegen die Notifizierungspflicht verbundenen Risiken – kein entscheidendes Argument mehr sein.

## **2. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Notifizierungspflicht**

Gewährt eine Kommune einem Unternehmen eine Beihilfe, ohne dass diese zuvor angemeldet und von der Kommission genehmigt wurde, ergeben sich eine Vielzahl sachlicher und verfahrenstechnischer Rechtsfolgen sowohl für die Kommune als auch für den Beihilfeempfänger. Der Übersichtlichkeit halber ist dabei zwischen der Ebene der Kommission und einem Verfahren vor einem nationalen Gericht zu unterscheiden.

### **2.1. Europäische Kommission: Initiativprüfung und Beschwerden von Wettbewerbern**

Die Europäische Kommission kann auf zweierlei Weise Kenntnis von rechtswidrigen, das heißt nicht notifizierten, Beihilfen erlangen:

Zum Einen durch Initiativprüfung, etwa auf Berichte in der Presse hin. Zu dieser Prüfung von Amts wegen ist die Kommission zwar befugt, in der Praxis ist diese Variante aufgrund der Arbeitsbelastung der Kommission jedoch die absolute Ausnahme und allenfalls bei großen Fällen von europaweiter

Bedeutung realistisch, in denen die Mitgliedstaaten mittlerweile allerdings zumeist ohnehin notifizieren.

Zum Anderen kann die Kommission durch Beihilfebeschwerden Kenntnis erlangen, die typischer Weise von Wettbewerbern eingereicht werden. Häufig übermitteln aber auch Gremienmitgliedern oder Bürger, die mit bestimmten kommunalen Investitionsvorhaben wie dem Bau von Fußballstadien oder Messehallen nicht einverstanden sind, entsprechende Informationen mit der Aufforderung zur Prüfung nach Brüssel. Die Kommission hält für diese Zwecke ein entsprechendes Beschwerdeformular bereit. Die Kommission muss jede eingelegte Beschwerde ohne ungebührliche Verzögerung prüfen. Regelmäßig stellt sie ein Auskunftersuchen an den Mitgliedstaat, welches das BMWi und das HMWEVL an die betroffene Kommune weiterreichen. Auskunftersuchen sind grundsätzlich innerhalb von 20 Arbeitstagen zu beantworten; freilich gewährt die Kommission auf entsprechenden Antrag hin zumeist unproblematisch eine Fristverlängerung von bis zu drei Monaten, sollte dies erforderlich sein.

- **Rückforderung bei nicht notifizierten und nicht genehmigungsfähigen Beihilfen**

Stellt die Kommission im Rahmen des Vorprüfverfahrens oder eines förmlichen Hauptprüfverfahrens<sup>16</sup> fest, dass die gewährte Beihilfe nicht nur formell – wegen der unterlassenen Notifizierung – sondern mangels Genehmigungsfähigkeit auch materiell rechtswidrig ist, ordnet sie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat die Rückforderung der Beihilfe von dem begünstigten Unternehmen an. Des Weiteren verpflichtet die Kommission die Mitgliedstaaten im Rahmen der Rückforderungsentscheidung regelmäßig, für den Zeitraum zwischen Auszahlung der Beihilfe und ihrer tatsächlichen Rückzahlung Zinsen von dem begünstigten Unternehmen zu erheben. Diese Rückforderungs- und Verzinsungsverpflichtung des betreffenden Mitgliedstaates dient der Wiederherstellung des früheren Zustands vor Eintritt der Wettbewerbsverfälschung. Die Rückforderung selbst richtet sich dann nach nationalem Recht, in Deutschland also in erster Linie nach dem Verwaltungsverfahrenrecht. Die Befugnis der Kommission zum Erlass einer Rückforderungsentscheidung gilt für 10 Jahre ab dem Tag der Gewährung der Beihilfe. Auf ein Verschulden bei dem Verstoß gegen die Notifizierungspflicht kommt es für die Rückforderung nicht an.

- **Rückforderung bei nicht notifizierten, aber genehmigungsfähigen Beihilfen**

Eine ohne Notifizierung gewährte und insoweit (formell) rechtswidrige Beihilfe kann gleichwohl genehmigungsfähig und deshalb materiell rechtmäßig sein. Die Kommission muss daher im Falle einer Beschwerde stets zusätzlich zum Verstoß gegen die Notifizierungspflicht (materiell) prüfen, ob die Beihilfe genehmigungsfähig ist. Ist dies der Fall, muss die Kommission die entsprechende Beihilfemaßnahme für rechtmäßig erklären und von einer Rückforderung absehen. Denn eine Kompetenz zur Rückforderung allein aufgrund des formellen Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht besitzt die Kommission – anders als das nationale Gericht – gerade nicht. Auf die auch in diesen Konstellationen rechtlich mögliche Rückforderung allein des Zinsvorteils aus der rechtswidrigen vorzeitigen Auszahlung der Beihilfe („Rechtswidrigkeitszinsen“) verzichtet die Kommission regelmäßig.

## 2.2. Nationales Gericht: Nichtigkeit, Schadensersatz, Unterlassung und Rechtswidrigkeitszinsen

Neben einer Überprüfung und etwaigen Rückforderung durch die Kommission besteht für Empfänger rechtswidriger Beihilfen das Risiko einer Konkurrentenklage vor einem nationalen Gericht.

---

<sup>16</sup> Siehe oben S. 22 f.

Anders als die Kommission müssen die nationalen Gerichte bereits aus dem bloßen (formellen) Verstoß gegen die Notifizierungspflicht alle Konsequenzen hinsichtlich der Gültigkeit der betreffenden Rechtsakte (Verträge, Verwaltungsakte) ziehen:

- **Nichtigkeit/Rückabwicklung:** Der BGH stuft das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ein. Allein der formelle, verschuldens-unabhängige Verstoß gegen die Notifizierungspflicht führt damit im Falle einer Konkurrenzklage vor einem nationalen Gericht zur Nichtigkeit der geschlossenen Verträge und erfordert regelmäßig die vollständige Rückabwicklung des „beihilfeinfizierten“ Vertrages bzw. Verwaltungsrechtsverhältnisses. Die Rückabwicklung des Kaufvertrages zwischen der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben und WINGAS über den Verkauf der CEPS-Pipeline ist hierfür ein bekanntes Beispiel aus den vergangenen Jahren. Allerdings hat der BGH in seiner Entscheidung zur CEPS-Pipeline festgestellt, dass der beihilferechtliche Verstoß eines Vertragsteils – dort ein zu hoher Kaufpreis – gegen das Durchführungsverbot nach deutschem Recht nicht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Vielmehr reiche es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils und damit der Beihilfe grundsätzlich aus, wenn der Beihilfeempfänger den Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich seines bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils zurückzahle. Dies setze allerdings voraus, dass die nichtige Klausel im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung nach dem Willen der Parteien ersetzt werden könne. Hierzu bedürfe es konkreter Anhaltspunkte, worauf sich die Vertragsparteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertragsteils verständigt hätten. Die Aufrechterhaltung des Vertrags mit beihilferechtskonformem Inhalt verstoße weder gegen beihilferechtliche Bestimmungen, noch laufe sie als solche einem Verbotsgesetz zuwider.

#### PRAXISTIPP

Mit Blick auf die CEPS-Pipeline-Entscheidung des BGH sollten Kommunen beim Abschluss von möglicherweise beihilfeinfizierten Verträgen wie kommunalen Ausfallbürgschaften oder Grundstückskaufverträgen zur Vermeidung der Gesamtnichtigkeit stets eine sog. beihilferechtliche salvatorische Klausel vereinbaren. Diese Klausel sollte den Fall regeln, dass der jeweilige Vertrag gegen Beihilferecht verstößt. Im Fall eines Grundstückskaufvertrages kommt etwa die Verpflichtung des Käufers zur Nachzahlung der Differenz zwischen gezahltem Kaufpreis und beihilferechtlich ordnungsgemäßigem Marktwert des Grundstücks, wie er vom nationalen Gericht festgestellt wird, in Betracht. Im Falle einer kommunalen Ausfallbürgschaft ist die nachträgliche Erhöhung der Avalprovision auf die marktübliche Höhe denkbar.

- **Schadensersatz und Unterlassungsanspruch des Wettbewerbers:** Der BGH hat außerdem entschieden, dass das Durchführungsverbot ein sogenanntes Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB und eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist. Einem Konkurrenten kann daher auch ein Schadensersatzanspruch zustehen, der darauf gerichtet ist, so gestellt zu werden, als wäre die Beihilfe nicht (entgegen dem Durchführungsverbot) gewährt worden. Die Schadensersatzforderung kann somit noch über den Beihilfebetrug hinausgehen. Um den Schadensersatzanspruch geltend machen zu können, kommt zudem ein auf Offenlegung der Beihilfemaßnahme gerichteter Auskunftsanspruch des Konkurrenzunternehmens in Betracht.

- Schadensersatzanspruch des Beihilfeempfängers und Dritter: Nach der Rechtsprechung des BGH ist die beihilfegewährende Kommune zudem verpflichtet, den Beihilfeempfänger sowie etwaige Dritte – beispielsweise Kreditinstituten im Falle einer Kommunalbürgschaft – über die Einhaltung der Notifizierungspflicht zu informieren. Verstößt sie gegen diese Kardinalpflicht und erleiden Beihilfeempfänger und/oder Dritte im Falle der Rückforderung einen Schaden, ist die beihilfegewährende Kommune zum Ersatz verpflichtet. Diese Rechtsprechung ist umso bemerkenswerter, als dem Beihilfeempfänger nach der Rechtsprechung des EuGH eine eigene Pflicht zur Vergewisserung darüber obliegt, ob er die Beihilfe in dem vorgeschriebenen Verfahren erhält (siehe unten). Insofern wäre durchaus an ein rechtlich relevantes Mitverschulden des beihilfegünstigten Unternehmens (und gegebenenfalls auch des Dritten) zu denken. Der BGH hat diesen „Verursachungsbeitrag“ des Beihilfeempfängers durchaus gewürdigt, letztlich jedoch als gegenüber der beihilferechtlichen Kardinalpflicht der Kommune, das Notifizierungsverfahren einzuhalten, als nicht entscheidend erachtet, zumal ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht regelmäßig auf einem schwerwiegenden Verschulden beruhe.

### RISIKOHINWEIS

Die vorstehend genannte Entscheidung bestätigt die bislang eindeutig wettbewerbsfreundliche Rechtsprechung des BGH in Beihilfesachen. Sie dürfte vor allem den Zweck gehabt haben, die bislang häufig geübte Praxis aller Beteiligten zu unterbinden, in beihilferechtlich problematischen Konstellationen die beihilferechtlichen Vorgaben nicht zu thematisieren. Denn durch die eindeutige Pflichten- und Risikozuweisung an die öffentliche Hand dürfte es den zuständigen Mitarbeitern auf kommunaler Ebene in Zukunft nur noch unter Inkaufnahme persönlicher Haftungsrisiken möglich sein, Beihilfen nach dem Prinzip „Augen zu und durch“ zu gewähren. Abzuwarten bleibt, ob der BGH seine Rechtsprechung fortführt. Denn das Bundesverwaltungsgericht hat jüngst in einer Entscheidung eben die fehlende Vergewisserung des Beihilfeempfängers über die erfolgte Notifizierung als Mitverschulden nach § 254 BGB gewertet!

## 3. Pflichten des begünstigten Unternehmens

### 3.1. Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe vor Entgegennahme

Wie oben ausgeführt, ist das beihilfegünstigte Unternehmen selbst nicht Adressat der Notifizierungspflicht aus Art. 108 Abs. 3 AEUV und kann folglich nicht selbst die Notifizierung vornehmen.

Dessen ungeachtet sollten Geschäftsführung, Vorstand und Aufsichtsrat kommunaler Unternehmen vor der Entgegennahme von Mitteln der öffentlichen Hand, insbesondere des kommunalen Gesellschafters, unbedingt deren beihilferechtliche Ordnungsmäßigkeit prüfen. Diese beihilferechtliche Ordnungsmäßigkeit kann von vornherein nur dann gegeben sein, wenn die Kommune entweder die Beihilfe notifiziert hat oder eine Notifizierung auskunftsgemäß nicht erforderlich ist.

Unterlässt die Unternehmensleitung diese Prüfung, können sich hieraus Risiken bis hin zur persönlichen Haftung ergeben. Denn das beihilfegünstigte Unternehmen darf grundsätzlich nur dann auf den Bestand einer Beihilfe vertrauen, wenn es sich vor Empfang der Zuwendung vergewissert hat, dass die Subvention unter Einhaltung des vorgeschriebenen Notifizierungsverfahrens gewährt wurde. Einem ordentlichen Kaufmann ist es nach der Rechtsprechung des EuGH nämlich regelmäßig möglich und zumutbar, sich zu vergewissern, ob die Behörde das vorgesehene Verfahren beachtet

hat. Ein Verstoß gegen diese Pflicht dürfte daher regelmäßig zugleich einen Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbH-Gesetz darstellen, wonach Geschäftsführer einer GmbH dazu verpflichtet sind, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Der Schaden, welcher einer kommunalen Gesellschaft durch die Rückforderung einer auch nur formell rechtswidrigen Beihilfe entsteht, kann daher auch zu einer persönlichen Haftung ihres Geschäftsführers führen, weil dieser durch deren Entgegennahme seine Sorgfaltspflichten verletzt.

Entsprechend ist auch eine persönliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH gegenüber der Gesellschaft (nach § 52 GmbH-Gesetz in Verbindung mit §§ 116, 93 Abs. 2 Aktiengesetz (AktG)) denkbar, bzw. eine Haftung des Vorstands einer im kommunalen Mehrheitsbesitz befindlichen Aktiengesellschaft (gemäß § 93 Abs. 1, 2 AktG) und deren Aufsichtsratsmitgliedern (gemäß §§ 116, 93 Abs. 2 AktG).

### **3.2. Ordnungsgemäße Bilanzierung und Darstellung beihilferechtlicher Rückforderungsrisiken im Jahresabschluss und Lagebericht**

Nach § 264 Handelsgesetzbuch (HGB) muss die Unternehmensleitung im Jahresabschluss und Lagebericht ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie des Geschäftsverlaufs wiedergeben. Hierzu können auch beihilferechtliche Rückforderungsrisiken infolge des Erhalts nicht notifizierter Beihilfen zählen. Erläuterungen zur Darstellung dieser Risiken lassen sich indirekt dem Prüfungsstandard 700 des Instituts der Wirtschaftsprüfer entnehmen, die in Kapitel 7 behandelt werden.







## Kapitel 2

### Kommunale Grundstücks- verkäufe, Wirtschaftsförderung und Privatisierungen

## Kapitel 2

### Kommunale Grundstücksverkäufe, Wirtschaftsförderung und Privatisierungen

Dr. Carsten Jennert, LL.M., KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Martin Jung, Hessischer Städte- und Gemeindebund

Die Entwicklung, Erschließung und die Veräußerung von passenden Grundstücken an Investoren ist ein Kernbestandteil kommunaler Wirtschaftsförderung. Im Standortwettbewerb um die Ansiedlung von Unternehmen und die Schaffung von Arbeitsplätzen besteht häufig die Notwendigkeit, Grundstücke zu günstigen Preisen zu verkaufen und dem Investor so das entscheidende Argument für die eigene Kommune als neuem Standort zu geben.

Erfolgt der Verkauf eines kommunalen Grundstücks gerade zu Zwecken der Wirtschaftsförderung und damit letztlich als Subvention, ist es nicht überraschend, dass auch hier das Europäische Beihilferecht zu beachten ist. Bemerkenswerter Weise sind die rechtlichen Vorgaben von Beihilferecht und kommunalem Haushaltsrecht im Ausgangspunkt nahezu identisch: Der Verkauf von Vermögensgegenständen darf in der Regel nur zum „vollen Wert“ erfolgen (§ 109 Abs. 1 S.2 HGO), das Beihilferecht schreibt einen Verkauf zum „Marktwert“ vor. Und ebenso wie die Hessische Gemeindeordnung für alle Vermögensgegenstände gilt, wendet die Kommission ihre zu Grundstücksverkäufen entwickelten Grundsätze mittlerweile auch auf den (teilweisen) Verkauf öffentlicher Unternehmen wie Stadtwerke, Krankenhäuser oder Wohnungsbaugesellschaften an.

#### I. Grundstücksgeschäfte

Gemäß dem *Private-Investor-Test* (Drittvergleich)<sup>17</sup> darf eine Kommune ihre Grundstücke und Gebäude nicht unter Marktwert veräußern, verpachten oder vermieten. Andernfalls besteht das Risiko, dass sie dem Erwerber oder Pächter/Mieter eine Beihilfe in Höhe der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktwert gewährt.

##### 1. Wertermittlung

In ihrer sogenannten *Grundstücksmitteilung*<sup>18</sup> legt die Kommission Vorgaben für den Verkauf von Grundstücken und Gebäuden fest. Hält die Kommune diese Vorgaben ein, darf sie davon ausgehen, dass sie das Grundstück zum Marktpreis veräußert und der Grundstückskaufvertrag folglich keine Beihilfe zugunsten des Erwerbers enthält. Im Grundsatz sieht die Grundstücksmitteilung zwei Vorgehensweisen zur Ermittlung des Marktpreises vor:

- Die Veräußerung erfolgt im Wege eines hinreichend bekannt gemachten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahrens ähnlich einer Versteigerung an den meistbietenden oder den einzigen Bieter
- oder
- die Kommune holt vor Beginn der Verkaufsverhandlungen ein nach allgemein anerkannten Wertermittlungsgrundsätzen erstelltes Wertgutachten eines unabhängigen Gutachters ein

<sup>17</sup> Siehe Kapitel 1 S 13 f.

<sup>18</sup> Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (ABl. C 209 vom 10.07.1997, S. 3.).



und der Verkaufspreis liegt nicht unterhalb des gutachterlichen Wertes für das Grundstück oder Gebäude.

Immobilien­geschäfte, bei denen die Kommune keines der beiden Wertermittlungsverfahren anwen­det, stehen dagegen per se unter dem Verdacht, eine Beihilfe zu enthalten. Sie müssen daher in jedem Fall bei der Kommission zur Genehmigung angemeldet werden. Andernfalls droht die Rück­forderung des Differenzbetrages zwischen Marktwert und tatsächlich gezahltem Betrag durch die Kommission zuzüglich des zwischenzeitlich erlangten Zinsvorteils. Im Fall einer Konkurrentenklage vor einem deutschen Gericht droht zudem die Nichtigkeit des Grundstücksgeschäftes und die Rück­übertragung bereits überschriebener Grundstücke.

### RISIKOHINWEIS

Das Risiko einer Beihilfebeschwerde und/oder einer Klage ist bei Grundstücksgeschäften aufgrund der Praxisnähe der Sachverhalte und dem weiten Kreis tatsächlich oder vermeintlich Betroffener – z. B. Nachbarn, Wettbewerber, Umweltschützer, Gemeindevertreter/Stadtverordnete anderer Fraktionen – besonders hoch. Auf die Höhe der möglichen Beihilfe kommt es dabei – anders als etwa bei den Schwellenwerten im Vergaberecht – nicht an. Die Kommission hat bei Grundstücksgeschäften in der Vergangenheit auch verhältnismäßig geringe Beträge wie etwa 170.168 Euro und 213.960 Euro vom Beihilfeempfänger zurückgefordert.

#### 1.1. Hinreichend bekannt gemachtes, allgemeines und bedingungs­freies Bietverfahren

- **Bekanntmachung**

Hinreichend bekannt gemacht ist das Angebot zum Verkauf eines Grundstücks nach der Grundstücksmitteilung, wenn es über einen längeren Zeitraum – mindestens zwei Monate – mehrfach bekannt gemacht wurde. Maßgeblich für die Wahl des Publikationsmediums ist das Grundstück: Je attraktiver, desto größer ist in der Regel der (internationale) Interessentenkreis. Hierauf sollte sich die Kommune einstellen – die Bekanntmachung kann danach von einem Bauschild und der örtlichen Presse über die städtische Homepage und bundesweit erscheinende Tageszeitungen bis hin zur internationalen Presse und Fachmagazinen sowie über europaweit tätige Makler und auf Immobilienmessen erfolgen. Als rechtssicheres und zugleich kostengünstiges und praxisgerechtes Bekanntmachungsmedium steht darüber hinaus das sogenannte Supplement zum EU-Amtsblatt zur Verfügung (<http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>).

### RISIKOHINWEIS

Die Direktansprache potentieller Interessenten für ein städtisches Grundstück – etwa Projektentwicklungsgesellschaften – ist beihilferechtlich zulässig, aber keinesfalls ausreichend. Die Europäische Kommission hat wiederholt entschieden, dass es nicht Sache des Verkäufers ist, den Kreis etwaiger Interessenten von vornherein dadurch zu beschränken, dass keine Veröffentlichung des Verkaufsvorhabens erfolgt, sondern er nach seinem Belieben ausgewählte mögliche Käufer direkt anspricht.

- **Allgemein und bedingungsfrei**

Allgemein und bedingungsfrei ist ein Bietverfahren, wenn grundsätzlich alle Interessenten unabhängig von ihrer Tätigkeit und Branche das Grundstück/Gebäude erwerben und für ihre wirtschaftlichen Zwecke nutzen dürfen. Das Erfordernis der Bedingungsfreiheit soll gewährleisten, dass nicht nur ein einziger Bieter oder ein beschränkter Bieterkreis die Bedingungen zum Kauf erfüllen und sich ein echter Marktpreis bilden kann.

Besondere Verkaufsbedingungen sind jedoch nicht per se beihilferechtlich unzulässig. Maßstab ist vielmehr, ob auch ein (fiktiver) privater Verkäufer vergleichbare Bedingungen stellen würde. Beihilferechtlich unproblematisch sind danach etwa folgende Vertragsregelungen:

- Zahlungsbedingungen und Sicherheiten;
- Regelungen zur Vermeidung rein spekulativer Gebote;
- Raumordnungsrechtliche Einschränkungen sowie Bedingungen des Nachbarschutzes und des Umweltschutzes, sofern sie eine gesetzliche Grundlage haben;
- Sonstige besondere Verpflichtungen, die sich aus allgemeinem, für jedermann geltendem Recht ergeben.

Bei Bedingungen, die ein privater Verkäufer nicht auferlegen würde, muss dagegen davon ausgegangen werden, dass sie den Kaufpreis mindern und dem Erwerber folglich eine Beihilfe gewähren. Praxisbeispiele solcher beihilferechtswidriger Verkaufsbedingungen, mit denen die Kommunen in der Regel sogenannte „Umwegrenditen“ generieren wollen, sind etwa Vorgaben hinsichtlich der Schaffung von Arbeitsplätzen und/oder zukünftiger Investitionen sowie der bevorzugten Beauftragung örtlich ansässiger Unternehmen.

Mit Blick auf § 109 Abs. 3 HGO gilt es zu beachten, dass das „öffentliche Interesse“, welches kommunalrechtlich Ausnahmen vom Gebot der Veräußerung zum vollen Wert zulässt, aus beihilferechtlicher Sicht keine gesetzliche Grundlage im vorgenannten Sinne darstellt und folglich keine taugliche Grundlage für kaufpreisreduzierende besondere Verkaufsbedingungen ist. Nach der Gesetzesbegründung zu § 109 Abs. 3 S. 1 HGO kann sich das „öffentliche Interesse“ im Sinne der Vorschrift beispielsweise aus der Förderung des Wohnungsbaus sowie sonstigen sozialen, kulturellen oder städtebaulichen Zwecken ergeben kann. Dies rechtfertigt zwar keine Beihilfe in Form einer Abweichung vom Marktwert im Sinne der Grundstücksmitteilung. Im Einzelfall kommt jedoch eine beihilferechtliche Rechtfertigung des begünstigenden Kaufpreises für das Grundstück als Dawl<sup>19</sup> in Betracht, wenn der Erwerber des Grundstücks ordnungsgemäß mit einer solchen betraut wurde.

## **1.2. Verkehrswertgutachten**

In vielen Fällen der Veräußerung eines kommunalen Grundstücks wird die Durchführung eines offenen Bietverfahrens jedoch ausscheiden – etwa wenn das Grundstück aus städtebaulichen Gründen oder aufgrund der beabsichtigten Investition an einen bestimmten Erwerber verkauft werden soll. Alternativ und gleichwertig zum Bietverfahren kann der Marktwert in diesen Fällen durch ein Wertgutachten eines unabhängigen und objektiven Sachverständigen ermittelt werden. Der Marktwert ist dann der Preis, der zum Zeitpunkt der Bewertung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zwischen einem verkaufswilligen Verkäufer und einem ihm nicht durch persönliche Beziehungen verbundenen Käufer zu erzielen ist, wobei das Grundstück offen am Markt angeboten wurde, die Markt-

---

<sup>19</sup> Ausführlich hierzu Kapitel 5 S. 65 ff.

verhältnisse einer ordnungsgemäßen Veräußerung nicht im Wege stehen und eine der Bedeutung des Objekts angemessene Verhandlungszeit zur Verfügung stand.

#### PRAXISTIPP

Maßgeblich ist stets der Wert des Grundstücks für die intendierte Nutzung (z. B. Freizeitpark). Der Umstand, dass bei einer anderen Nutzung (z. B. Wohnbau) möglicherweise ein höherer Marktwert zu erzielen wäre, ist daher ohne Bedeutung.

#### 1.2.1. Anforderungen an den Gutachter

Der Gutachter muss über einen einwandfreien Leumund, eine geeignete Qualifikation und die erforderliche Sachkunde und Erfahrung verfügen. Der Nachweis der Sachkunde setzt grundsätzlich den Nachweis eines geeigneten Abschlusses an einer anerkannten Ausbildungsstätte oder eine gleichwertige Qualifikation voraus.

Außerdem muss der Gutachter unabhängig sein und seine Aufgaben auch unabhängig ausüben können. Unabhängigkeit bedeutet in diesem Fall, das öffentliche Stellen nicht zu Weisungen oder sonstiger Einflussnahme hinsichtlich des Bewertungsergebnisses in der Lage sein dürfen. Sofern dies gewährleistet ist, darf der Gutachter auch Angehöriger eines staatlichen Bewertungsbüros oder Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst sein. Auch der Umstand, dass der Gutachter von einer der Parteien des Kaufvertrages oder von einer öffentlichen Körperschaft, wie zum Beispiel den Industrie- und Handelskammern, beauftragt wurde, steht seiner Unabhängigkeit nicht entgegen.

#### PRAXISTIPP

Den Gutachterausschuss im Sinne der §§ 192, 193 BauGB hat die Kommission in verschiedenen Entscheidungen als unabhängigen Gutachter im Sinne der Grundstücksmitteilung anerkannt. Eine Schätzung des Ortsgerichts oder die Bodenrichtwertkarte sind hingegen nicht ausreichend.

#### 1.2.2. Zeitpunkt der Wertermittlung

Von besonderer Bedeutung ist, dass das Wertgutachten *vor* Beginn der Vertragsverhandlungen, in jedem Fall aber *vor* Abschluss des Kaufvertrages beauftragt und erstellt sein muss. Die Entscheidungspraxis der Kommission enthält zahlreiche Fälle, in denen die Vertragsparteien versucht haben, durch die nachträgliche Einholung eines Gutachtens, welches dann regelmäßig auch einen Wert entsprechend dem zuvor vereinbarten Kaufpreis ermittelte, die Beihilferechtskonformität des Grundstückskaufvertrages zu belegen.

#### RISIKOHINWEIS

Nachträglich erstellte Gutachten überprüft die Kommission jedoch nicht nur in Bezug darauf, ob sie den formalen Anforderungen an den Gutachter und die angewandte Wertermittlungsmethode genügen, sondern auch inhaltlich im Hinblick auf den ermittelten Marktwert.

Letztlich nimmt die Kommission also eine eigene Bewertung des Grundstücks vor, wozu sie auch in den Fällen verpflichtet ist, in denen gar kein Gutachten eingeholt wurde. Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich die gewünschte Rechtssicherheit für Kommune und Käufer durch ein nachträglich erstelltes Gutachten nicht mehr erreichen lässt und die Kosten für ein nachträgliches Gutachten gespart werden können.

Darüber hinaus sollte das Gutachten auch nicht zu lange vor dem Verkauf des Grundstücks erstellt worden sein, um eine Einschränkung seiner Aussagekraft infolge späterer Marktentwicklungen zu vermeiden. Gegebenenfalls bedarf es aber nicht der Einholung eines vollständig neuen Gutachtens, sondern spätere Marktentwicklungen können durch Ergänzungen transparent gemacht werden.

### RISIKOHINWEIS

Sofern beim Verkauf bereits absehbar ist, dass der Wert des Grundstücks durch zeitlich nach dem Verkauf liegende Ereignisse - insbesondere den Erlass eines Bebauungsplans - steigen wird, sollte die Kommune unbedingt eine Nachzahlungsklausel vereinbaren, um eine „nachträgliche“ Beihilfe zugunsten des Erwerbers auszuschließen.

#### 1.2.3. Anforderungen an die Wertermittlungsmethoden

Die Ermittlung des Immobilienwertes durch den Gutachter muss auf der Grundlage „allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards“ erfolgen. Der Gutachter kann insoweit grundsätzlich die in der Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV) und den dazugehörigen Wertermittlungsrichtlinien vorgesehenen Bewertungsverfahren anwenden.

- Beim **Vergleichswertverfahren** werden die Grundstückspreise vergleichbarer Grundstücke herangezogen. Hierbei können insbesondere die von den kommunalen Gutachterausschüssen ermittelten Bodenrichtwerte zur Bestimmung des Marktwertes von Grundstücken in der Kommune herangezogen werden. Dies gilt auch für vergleichbare Grundstücke in Nachbargemeinden, wenn dort keine eigenen Bodenrichtwerte existieren.
- Beim **Ertragswertverfahren** (§ 78 BewG) dienen die mit der Immobilie marktüblich erzielbaren Erträge aus Vermietung, Verpachtung et cetera als Grundlage für die Wertberechnung.
- Beim **Sachwertverfahren** bilden die Kosten, welche durch die Immobilie angefallen sind, die Grundlage für die Wertberechnung.

Welches der Verfahren der Gutachter anzuwenden hat, bestimmt sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls. Auch eine kombinierte Anwendung mehrerer Verfahren kann geboten sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich mit einem Verfahren keine eindeutigen Ergebnisse erzielen lassen.

Bei unerschlossenen Flächen hat die Kommission die Ermittlung des Marktwertes durch Abzug der Erschließungskosten vom Wert des erschlossenen Grundstücks als Hilfsverfahren akzeptiert, wenn eine direktere Bewertungsmöglichkeit nicht verfügbar ist.

Die Kosten, die einer Kommune beim Kauf einer nun zur Weiterveräußerung stehenden Immobilie entstanden sind (Gestehungskosten), gelten als Indikator für den Marktwert der Immobilie. Erfolgt

die Weiterveräußerung innerhalb von drei Jahren nach Erstedung der Immobilie durch die Kommune, dürfen die Kosten, die der Kommune selbst beim Kauf der Immobilie entstanden sind, bei einer späteren Weiterveräußerung grundsätzlich nicht unterschritten werden, wenn der eigene Kauf derselben nicht wenigstens drei Jahre zurückliegt. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der unabhängige Gutachter allgemein zurückgehende Marktpreise in dem relevanten Markt ermittelt hat.

#### RISIKOHINWEIS

Nicht nur der ermittelte Grundstückswert, sondern die Vertragsbedingungen des Kauf-/Miet-/Pachtvertrags insgesamt unterliegen im Sinne einer wirtschaftlichen Gesamtschau der beihilferechtlichen Kontrolle. Dies kann etwa den Verzicht der öffentlichen Hand auf Sicherheitsleistungen, Zahlungsbedingungen, Erschließungsmaßnahmen, Altlastenbeseitigungszusagen usw. betreffen. Maßstab ist auch hier stets der Drittvergleich.

Wenn sich der Verkauf der Immobilie zu dem vom Gutachter ermittelten Wert auch nach vernünftigen Bemühungen als unmöglich erweist, sieht die Grundstücksmittelung vor, dass der Preis um 5 % nach unten korrigiert werden darf. In Einzelfällen hat die Kommission auch Abschläge bis 10 % als marktüblich akzeptiert. Findet sich auch nach einer weiteren angemessenen Zeitspanne kein Käufer, kann eine Neubewertung vorgenommen werden, die den bisherigen Verkaufsbemühungen und den eingegangenen Angeboten Rechnung trägt. Keinesfalls darf in diesen Fällen der „Marktwert“ einfach auf den von einem bestimmten Erwerber angebotenen Kaufpreis angepasst werden.

#### 1.2.4. Besondere Verpflichtungen des Erwerbers

Die Kommune darf den Verkauf einer Immobilie von der Erfüllung besonderer Verpflichtungen des Käufers wie insbesondere denkmalschutzrechtlichen Auflagen abhängig machen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verpflichtungen nicht an die Person oder die Wirtschaftstätigkeit des Käufers, sondern an die zu verkaufende Immobilie anknüpfen und jeder potentielle Käufer sie unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, zu erfüllen hat.

Wichtig ist in diesen Konstellationen dreierlei:

- Erstens müssen die dem Käufer aufgrund solcher Verpflichtungen entstehenden Kosten separat ermittelt werden und dürfen erst dann von dem zuvor gutachterlich ermittelten Wert der Immobilie in Abzug gebracht werden; eine „Vermengung“ aller kaufpreisrelevanten Positionen in einem „Globalpreis“ ist dagegen mit beihilferechtlichen Risiken behaftet.
- Zweitens ist bei der Bewertung der Abzugsfähigkeit der besonderen Verpflichtungen zu berücksichtigen, ob ein Unternehmen diese Verpflichtungen auch im eigenen Interesse (Werbung, Sponsoring, Image, Verbesserung des eigenen Umfelds, Erholung der eigenen Mitarbeiter) übernimmt. Entscheidet sich ein Unternehmen etwa bewusst für den Kauf eines denkmalgeschützten Gebäudes, um aus dessen Atmosphäre und Historie Mehrwert gegenüber seinen Kunden und Besuchern zu generieren, muss dies den grundsätzlich abzugsfähigen Kosten für die Denkmalschutzaufgaben gegenüber zusammengestellt werden.
- Drittens sind Verpflichtungen, die sich aus allgemeinem Recht ergeben und jeden Grundstückseigner treffen, wie Grundsteuern, Straßenreinigungsentgelte et cetera, keine besonderen Verpflichtungen im vorgenannten Sinne, und die Kosten hierfür dürfen nicht vom Kaufpreis abgezogen werden.

## 2. Erschließungskosten

Beihilferechtliche Vorgaben im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften müssen die Kommunen jedoch nicht nur bei der Ermittlung eines marktüblichen Kaufpreises, sondern auch im Rahmen der Erschließung des Grundstücks beachten.

Beihilferechtliche Risiken im Rahmen der Erschließung und Veräußerung kommunaler Grundstücke können sich insbesondere aus einer *Erschließung nach Maß* ergeben. Hierunter versteht die Kommission solche Veräußerungsgeschäfte, in denen das zu veräußernde Grundstück vorab für den besonderen Bedarf des Endnutzers erschlossen wird, der zum Zeitpunkt der Erschließungsarbeiten bereits bekannt ist.

Zwar ist eine Beihilfe auch bei einer *Erschließung nach Maß* ausgeschlossen, wenn der Erwerber für das erschlossene Grundstück mindestens den nach den oben erläuterten Vorgaben der Grundstücksmitteilung (Bietverfahren oder Sachverständigengutachten) ermittelten Marktpreis bezahlt. Dies setzt jedoch voraus, dass sämtliche Erschließungsmaßnahmen marktüblich in den Kaufpreis eingepreist oder vom Erwerber gesondert vergütet werden. Dabei ist zwischen *inneren* und *äußeren Erschließungsmaßnahmen* zu unterscheiden, wobei vor allem bei den äußeren Erschließungsmaßnahmen die Unternehmensspezifität der Maßnahme zu untersuchen ist.

### 2.1. Maßnahmen der inneren Erschließung

Maßnahmen der inneren Erschließung bezeichnen Infrastrukturarbeiten, die unmittelbar auf dem Grundstück des Erwerbers stattfinden, wie beispielsweise

- Begradigungsarbeiten,
- Auffüllarbeiten,
- Verpfählungsarbeiten,
- Bodenverbesserungsarbeiten,
- Altlastenbeseitigungsarbeiten etc.

Diese Positionen werden regelmäßig bereits bei der Ermittlung des Verkehrswerts/Kaufpreises des Grundstücks über wertmindernde Abschläge berücksichtigt. Die Kosten für die Durchführung der Maßnahmen hat dann der Erwerber des Grundstücks zu tragen, weil die genannten Umstände andernfalls „doppelt“ zu Gunsten des Erwerbers berücksichtigt würden und dieser folglich eine Beihilfe erhielte.

#### PRAXISTIPP

Kosten der bloßen Baureifmachung darf die veräußernde Kommune übernehmen, sofern der Erwerber den marktüblichen Preis für ein baureifes Grundstück bezahlt. Dies gilt selbst dann, wenn die Kosten der Baureifmachung – zum Beispiel für den Abriss von Gebäuden – den aus der Veräußerung des baureifen Grundstücks zu erzielenden Erlös übersteigen. Zwar würde ein privater Dritter die Baureife in dieser Konstellation angesichts der fehlenden Rentabilität aller Voraussicht nach nicht herstellen. Der Vergleichsmaßstab des privaten Dritten ist in diesen Fällen nach Ansicht der Kommission jedoch ungeeignet, weil den Kommunen die Aufgabe der städtebaulichen Entwicklung und Planung (zum Beispiel Umnutzung eines Geländes; Vermeidung von Industriebrachen) obliegt. Zudem steht den Mehrkosten der Kommune keine Beihilfe zugunsten des Erwerbers gegenüber, sofern dieser den marktüblichen Preis für das baureife Grundstück zahlt. Denn der marktübliche Preis ermittelt sich anhand von Vergleichswerten und nicht anhand der Kosten für die Baureifmachung.

## 2.2. Maßnahmen der äußeren Erschließung

Maßnahmen der äußeren Erschließung sind solche Maßnahmen, die zwar außerhalb des betroffenen Grundstücks, aber bezogen auf dieses erfolgen. Beispiele sind die Errichtung von Kanalsystemen, Energie- und Wasserversorgung, Straßen- und Eisenbahnanschlüssen, Trinkwassernetzen, Wasserreinigungs- und Aufbereitungsanlagen oder gemeinsamen Parkflächen. An solchen Infrastrukturmaßnahmen muss der Erwerber eines Grundstücks über die ortsüblichen Anschluss-/Nutzungsgebühren, Erschließungsbeiträge oder sonstigen Abgaben angemessen und marktgerecht beteiligt werden. Dies kann etwa über den Kaufpreis bei der Veräußerung eines erschlossenen Grundstücks oder über die Erhebung der jeweiligen Abgabe bei Veräußerung eines unerschlossenen Grundstücks erfolgen. Andernfalls erhält er eine grundsätzlich notifizierungs- und genehmigungspflichtige Beihilfe. Welche Grundstückseigentümer in welcher Höhe mit Abgaben für Maßnahmen der äußeren Erschließung zu belasten sind, richtet sich maßgeblich nach dem örtlichen Erschließungsrecht.

### RISIKOHINWEIS

Eine genehmigungspflichtige Beihilfe kann auch die Errichtung einer Infrastruktur ohne offenkundigen Bezug zum (veräußerten) Grundstück sein, die vermeintlich dem Nutzen mehrerer Unternehmen dient, tatsächlich aber ausschließlich oder überwiegend von einem einzelnen Unternehmen genutzt wird (sog. unternehmensspezifische Infrastruktur) und deren Kosten nach dem Verursacherprinzip daher vom Unternehmen selbst zu tragen sind. Die Kommission hat beispielsweise die Errichtung eines Parkplatzes, der faktisch einem einzelnen Unternehmen als Betriebsparkplatz diene, und die Errichtung einer Kläranlage, deren Einspeisevolumen maßgeblich von einem einzelnen Unternehmen stammte, als staatliche Beihilfen qualifiziert, weil die Unternehmen kein marktübliches Entgelt hierfür bezahlt hatten.

## 2.3. Abschläge zugunsten von „Ankerinvestoren“

Bei der Erschließung eines neuen Gewerbegebietes stellt sich insbesondere die Gewinnung des/der ersten Investoren, die dann andere Unternehmen nach sich ziehen, als besondere Herausforderung für die kommunale Wirtschaftsförderung dar. Vor dieser Situation steht ein privater Immobilienentwickler jedoch gleichermaßen, etwa beim Bau eines großen Einkaufszentrums sowie generell jeder größeren, multifunktional genutzten Immobilie.

Die Kommune darf daher nach der Entscheidungspraxis der Kommission dem/den ersten Erwerber(n) in einem neuen Gewerbegebiet, dem sog. Ankerinvestor, Abschläge auf den Marktpreis oder die Erschließungskosten einräumen. Voraussetzung dafür ist, dass das jeweilige Unternehmen einer der ersten und/oder wirtschaftlich bedeutsamsten Investoren beispielsweise in einem neuen Gewerbegebiet ist und aus seiner Ansiedlung nachweisbare Vorteile für die Kommune resultieren. Die Kommune muss in diesem Fall unter anderem anhand von Wirtschaftsplänen belegen können, dass sich die bei der Ansiedlung des ersten Investors akzeptierten Abschläge zum Beispiel über die schnellere Ansiedlung nachfolgender Unternehmen und die damit verbundene geringere Zinsbelastung oder die von diesen entrichteten höheren Grundstückspreise amortisieren.



### PRAXISTIPP

Die Entscheidung über die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit eines Abschlags zugunsten eines „Ankerinvestors“ ist in der Regel eine Prognoseentscheidung. Dies entspricht dem Private-Investor-Prinzip und ist daher selbst dann nicht schädlich, wenn sich die Prognose später als unzutreffend herausstellt. Entscheidend dafür, dass der Abschlag keine rechtswidrige Beihilfe darstellt, ist die objektive Nachvollziehbarkeit und angemessene Dokumentation der Ex-ante-Prognose, etwa über den Wirtschaftsplan. Bei größeren Projekten empfiehlt es sich, ein Wirtschaftlichkeitsgutachten eines unabhängigen Dritten einzuholen, um beihilferechtliche Nichtigkeits- und Rückforderungsrisiken und damit gegebenenfalls auch das Risiko von Schadensersatzansprüchen des begünstigten Ankerinvestors zu reduzieren.

### 3. Erwerb von Grundstücken

Der Erwerb eines Grundstücks durch eine Kommune wird von der Grundstücksmitteilung der Kommission nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings kann auch der Erwerb eines Grundstücks durch eine Kommune eine Beihilfe zugunsten des Verkäufers enthalten, wenn die Kommune einen Preis bezahlt, der über dem Marktpreis liegt. Die Durchführung eines Bietverfahrens stellt in diesen Fällen keine geeignete Methode zur Ermittlung des Verkehrswerts dar. Die Kommune sollte daher stets ein Verkehrswertgutachten nach den oben genannten Grundsätzen einholen. Darüber hinaus hat die Kommission im Grundsatz anerkannt, dass die Erfüllung der städtebaulichen und raumordnungsrechtlichen Aufgaben der Kommunen im Einzelfall den Erwerb bestimmter Grundstücke zu höheren Preisen als dem Marktwert erfordern kann, ohne dass eine Beihilfe zugunsten des Verkäufers gegeben ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Kommunen auch in diesen Fällen auf eine sorgfältige Dokumentation der maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Gründe für den Erwerb achten. Hat die Kommune ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der späteren Nutzung des verkauften Grundstücks – etwa infolge der Anmietung eines auf dem Grundstück zu errichtenden Verwaltungsgebäudes – kann ein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang gegeben sein, der ggf. eine Ausschreibungspflicht gemäß §§ 97ff. GWB nach sich zieht.

## II. Verkäufe öffentlicher Unternehmen

Die Grundstücksmitteilung galt ursprünglich nur für den Verkauf von Grundstücken und Gebäuden durch die öffentliche Hand. Die Kommission und ihr folgend die nationalen Gerichte haben die Mitteilung jedoch bald auch auf den Verkauf öffentlicher Unternehmen und sonstiger der Anzahl nach limitierter Gegenstände angewandt. Dies ist sachlich gerechtfertigt, weil auch in diesen Fällen eine Wertdifferenz zwischen Verkaufspreis und Marktwert dem Erwerber einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft.

Der Marktpreis lässt sich alternativ durch folgende Methoden ermitteln:

1. Verkauf des Unternehmens an der Börse;
2. Verkauf im Wege eines hinreichend bekannt gemachten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahrens an den Meistbietenden oder
3. Verkauf auf der Grundlage eines vor Aufnahme der Verkaufsverhandlungen durch einen unabhängigen Sachverständigen erstellten Wertgutachtens, wenn der Verkaufspreis mindestens dem ermittelten Wert entspricht.



## 1. Verkauf des Unternehmens an der Börse

Die Kommission empfiehlt, den Unternehmensverkauf möglichst im Wege eines Börsengangs oder eines Verkaufs von Aktien an der Börse abzuwickeln. In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Preisfindung zu marktüblichen Bedingungen erfolgt und daher keine staatliche Beihilfe vorliegt.

## 2. Hinreichend bekannt gemachtes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren

Auch ein Bietverfahren kann zur Ermittlung des Marktpreises durchgeführt werden. Anders als bei einem Verkauf über die Börse kann bei einem Bietverfahren allerdings nicht automatisch von einem Verkauf zu Marktbedingungen ausgegangen werden. Vielmehr sind wiederum die bereits oben im Zusammenhang mit Grundstücksverkäufen erläuterten Anforderungen zu beachten.

Von besonderer Bedeutung bei Unternehmensverkäufen ist in der Praxis die Bedingungsfreiheit des Bietverfahrens. Denn die kommunalen Anteilseigner versuchen häufig, ihrer gesellschafts- und sozialpolitischen Verantwortung dadurch gerecht zu werden, dass sie besondere Bedingungen zugunsten der Beschäftigten an den Erwerber stellen. Dies können etwa Sozialtarifverträge, die Einrichtung von Transfergesellschaften, Standortsicherungsgarantien, die Zusicherung der Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten oder der Erwerb von Vermögenswerten sein, für die im Rahmen der Ausschreibung nicht geboten wird.

Die Kommission hatte solche Klauseln ursprünglich noch für beihilferechtskonform erachtet, sofern sie für alle Bieter gleichermaßen galten. Zwischenzeitlich ist ihre Entscheidungspraxis deutlich strenger geworden. Unter Verweis darauf, dass ein privater Verkäufer entsprechende Verkaufsbedingungen nicht stellen würde, weil sie aufgrund der damit verbundenen Kosten für den Erwerber den Kaufpreis reduzieren, stuft die Kommission diese Klauseln mittlerweile regelmäßig als Beihilfe zugunsten des Erwerbers ein.

Ähnliches gilt für Bedingungen in einem Bietverfahren, aufgrund derer ein potentieller Erwerber, der eine andere Geschäftsstrategie verfolgen möchte, praktisch keine Chance hat, den Zuschlag zu erhalten, obwohl er das höchste Gebot einreicht. Denn dadurch werden potentiell interessierte Investoren von vornherein von der Abgabe eines Gebots abgehalten, so dass selbst das höchste eingereichte Gebot nicht in jedem Fall den tatsächlichen Marktwert darstellt.

### RISIKOHINWEIS

Die Kommission prüft nicht nur die in dem Bietverfahren ausdrücklich genannten Verkaufsbedingungen, sondern auch etwaige De-facto-Bedingungen. Dabei handelt es sich um Bedingungen, die zwar nicht explizit Voraussetzung für den Verkauf sind, denen aber erhöhtes Gewicht bei der Bewertung der Angebote und der Entscheidung über den Zuschlag zukommt.

Für den speziellen Fall, dass der Verkaufspreis negativ ist, weil etwa die Kommune mehr zur Vorbereitung der Veräußerung in das Unternehmen investiert hat, als sie durch den Verkauf als Erlös erzielt, genügt ausnahmsweise auch die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahrens nicht, um mögliche Beihilfen auszuschließen. In diesem Fall muss der negative Kaufpreis mit den Kosten einer Insolvenz des Unternehmens verglichen werden. Nur so ist sichergestellt,

dass die Kommune die in der speziellen Situation wirtschaftlich sinnvollste Lösung gewählt und sich damit wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer verhalten hat.

### 3. Wertgutachten

Kommt weder ein Verkauf an der Börse noch die Durchführung eines Bietverfahrens in Betracht, weil die Beteiligung beispielsweise an einen bestimmten Erwerber – etwa einen Mitgesellschafter mit Vorzugsrechten – verkauft werden soll, kann der Marktwert alternativ über ein Wertgutachten ermittelt werden. Die Kommission wendet ihre diesbezüglichen Vorgaben aus der Grundstücksmitteilung (siehe oben) entsprechend an. Der Marktwert des Unternehmens oder der Gesellschaftsanteile ist danach wiederum von einem unabhängigen Sachverständigen auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandard wie etwa dem *IDW-Standard S 1 – Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen* – zu ermitteln (siehe oben S. 32 ff.).

#### PRAXISTIPP

Jedenfalls bei komplexen Unternehmenstransaktionen kann es sich zur Vermeidung beihilferechtlicher Risiken anbieten, sowohl den Anlagenwert des Unternehmens als den Ertragswert (Fortführungswert) gutachterlich ermitteln zu lassen. Der beihilfefreie Marktwert ist dann der höhere von beiden Werten.

Der ermittelte Marktwert stellt den Mindestkaufpreis dar. Er muss seinerseits mindestens so hoch sein wie der Liquidationswert des Unternehmens. Dieser entspricht der Höhe des Erlöses, der durch die Auflösung des Unternehmens und der Veräußerung aller Vermögensgegenstände erzielt werden kann.

### III. Vermeidung der Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags im Falle eines Beihilfeverstößes

Ohne eine Genehmigung des Vertrages durch die Kommission lässt sich selbst bei größter Sorgfalt nicht in jedem Fall rechtssicher ausschließen, dass ein Grundstücks- oder Unternehmenskaufvertrag eine Beihilfe zugunsten des Erwerbers enthält. Die Praxis zeigt aber, dass eine Notifizierung nicht in allen Fällen möglich und/oder gewollt ist.

Enthält der Vertrag daher eine Beihilfe und wird nicht notifiziert, liegt zugleich ein Verstoß gegen das sogenannte Durchführungsverbot vor (vgl. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV). Da das Durchführungsverbot zugleich ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB darstellt, droht in diesen Fällen die Nichtigkeit und Rückabwicklung des Vertrages, sofern ein Wettbewerber diese gerichtlich geltend macht.

Allerdings hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht zwingend zur Nichtigkeit des betroffenen Vertrages *insgesamt* führt (sogenannte Gesamtnichtigkeit). Vielmehr genügt es für die Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils, wenn der Erwerber des Grundstücks oder des Unternehmens den Unterschiedsbetrag zwischen dem zu niedrigen und deshalb „beihilfeinfizierten“ Kaufpreis und dem höheren Marktwert zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils nachzahlt. Diese Vermeidung der Gesamtnichtigkeit setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings voraus, dass sich anhand

konkreter Anhaltspunkte klären lässt, worauf sich die Vertragsparteien bei Kenntnis der beihilferechtlich bedingten Nichtigkeit des Vertrages verständigt hätten.

Vor diesem Hintergrund sollte in jedem Grundstücks- und Unternehmenskaufvertrag zwischen einer Kommune und einem öffentlichen oder privaten Unternehmen eine „salvatorische Beihilfeklausel“ für den Fall aufgenommen werden, dass die Kommission oder ein nationales Gericht eine Beihilfe feststellt. Inhalt dieser Klausel wird typischerweise eine Nachzahlungsregelung zu Lasten des Erwerbers in Höhe des eben beschriebenen Unterschiedsbetrages sein. Gegebenenfalls kann diese Nachzahlungsklausel auch auf einen bestimmten Betrag begrenzt werden mit der Vereinbarung der Gesamtnichtigkeit und Rückabwicklung des Vertrages für den Fall, dass die gerichtlich oder durch die Kommission festgestellte Beihilfe diesen Betrag übersteigt.

### RISIKOHINWEIS

Die bewusste Gewährung einer Beihilfe in Form eines marktunüblich günstigen Verkaufspreises für ein Grundstück oder ein Unternehmen dürfte ungeachtet der Möglichkeit zur Vereinbarung einer „salvatorischen Beihilfeklausel“ mit erheblichen Risiken behaftet sein. Denn neben den für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren anfallenden Rechtswidrigkeitszinsen auf den Beihilfebetrag lässt sich nicht ausschließen, dass ein nationales Gericht in dieser Konstellation einen Umgehungstatbestand annimmt und ungeachtet der „salvatorischen Beihilfeklausel“ die Gesamtnichtigkeit und Rückabwicklung des Vertrages anordnet.







# Kapitel 3

## Kommunale Infrastrukturen



## Kapitel 3

### Kommunale Infrastrukturen

*Dr. Armin Huhn, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

*Leitende Ministerialrätin Sabine S. Groth, Hessische Staatskanzlei*

#### I. Einleitung

Die Bereitstellung von Infrastruktur für ihre Einwohner – zum Beispiel Veranstaltungshallen, Sportstadien, Schwimmbäder oder öffentliche Parkhäuser – ist eine Kernaufgabe jeder Kommune. Bis in das Jahr 2001 hat die Europäische Kommission den Bau und Betrieb staatlicher Infrastrukturen als allgemeine wirtschafts- oder gesellschaftspolitische Maßnahmen betrachtet, die nicht der Beihilfekontrolle unterlagen. Maßgeblich war allein, dass zu diesen Infrastrukturen ein allgemeiner, diskriminierungsfreier Zugang bestand, um Beihilfen zugunsten einzelner Nutzer auszuschließen.

In seiner *Flughafen-Leipzig/Halle*-Entscheidung 2012 stuft der EuGH dann jedoch den Bau und Betrieb wirtschaftlich genutzter Infrastruktur generell als wirtschaftliche und damit beihilferelevante Tätigkeit ein. Mit dieser Qualifikation trägt der EuGH offenbar auch dem Umstand Rechnung, dass die staatliche Infrastrukturverantwortung immer häufiger durch Konzessionsvergaben, ÖPP-Modelle und (Teil-) Privatisierungen auf private Dienstleister übertragen wurde. Die hierdurch entstandenen neuen Märkte unterfallen folgerichtig auch dem grundsätzlichen Beihilfeverbot und der Beihilfekontrolle der Kommission.

Kommunale Infrastrukturen können auf verschiedene Weise finanziert, errichtet und betrieben werden. Im Rahmen der beihilferechtlichen Beurteilung sind regelmäßig drei Ebenen zu unterscheiden:

- Eigentümer;
- Betreiber;
- Benutzer.

Die staatliche Finanzierung kommunaler Infrastruktur kann auf jeder dieser Ebenen ein wirtschaftlich tätiges Unternehmen begünstigen und daher eine Beihilfe sein, sofern diese Begünstigung selektiv wirkt und geeignet ist, den Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt zu verfälschen sowie den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

##### 1. Beihilfe zugunsten des Eigentümers kommunaler Infrastruktur

Der Eigentümer und gegebenenfalls Errichter einer kommunalen Infrastruktur – die Kommune selbst oder ein kommunales Unternehmen – übt eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, sofern er diese Infrastruktur an einen Betreiber verpachtet oder direkt den Endnutzern zur Verfügung stellt. Dabei leitet sich der wirtschaftliche Charakter der Tätigkeit des Eigentümers nicht von den Bedingungen der Verpachtung oder Bereitstellung ab. Vielmehr teilt die Tätigkeit des Eigentümers den Charakter der Benutzung der Infrastruktur. Die Verpachtung oder Bereitstellung der Infrastruktur ist daher schon dann wirtschaftlicher Art, wenn sie von dem Betreiber oder den Endnutzern wirtschaftlich genutzt wird, wie dies etwa bei Profisportvereinen oder Eventveranstaltern gegeben ist. Lediglich die Begünstigung von Privatpersonen – etwa durch ermäßigte Eintrittspreise – oder von anderen nicht wirtschaftlich handelnden juristischen Personen unterfällt indes nicht dem Beihilfeverbot.



### PRAXISBEISPIEL

Eine Kommune setzt Haushaltsmittel zum Ausbau ihres als Eigenbetrieb geführten Binnenhafens ein. Dies versetzt den Eigenbetrieb als wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des Beihilferechts in die Lage, die Kosten der Baumaßnahmen nicht vollständig an den Betreiber als Pächter weiterzugeben. Hierdurch bleiben die Benutzungsgebühren für den Hafen stabil, dessen Nutzung insgesamt attraktiver wird. Je nach Benutzungsordnung kommt hier eine Beihilfe zugunsten des Pächters und der Endnutzer in Betracht.

Eine Beihilfe zugunsten des Eigentümers einer kommunalen Infrastruktur setzt zudem eine potentiell wettbewerbsverfälschende/handelsbeeinträchtigende Wirkung voraus. Zwar haben kommunale Infrastrukturen häufig nur einen lokalen oder regionalen Einzugsbereich. Gleichwohl kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass ihre Finanzierung aus kommunalen Haushaltsmitteln keine grenzüberschreitende Bedeutung hat. Denn durch die staatliche Finanzierung könnten – so die Argumentation des EuGH – ausländische Investoren von Investitionen vor Ort abgehalten und so der Marktzutritt erschwert werden. Dies genügt für die Annahme einer Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung.<sup>20</sup>

## 2. Beihilfe zugunsten des Betreibers kommunaler Infrastruktur

Der Betreiber einer wirtschaftlich genutzten kommunalen Infrastruktur, der zugleich Eigentümer oder nur Pächter sein kann, unterfällt regelmäßig dem Beihilfeverbot, sofern er diese Infrastruktur gegen Entgelt verschiedenen Endnutzern zur Verfügung stellt. Eine Begünstigung des Betreibers einer solchen Infrastruktur kommt beispielsweise in Betracht, wenn die Kommune nicht kostendeckende Pachtzinsen oder Konzessionsgebühren verlangt oder sich sonst ohne angemessene Gegenleistung an deren Betriebskosten beteiligt. Eine Beihilfe zugunsten des Betreibers liegt vor, wenn dieser durch die Begünstigung in die Lage versetzt wird, die Infrastrukturnutzung zu geringeren Preisen anzubieten und so den Wettbewerb zu verfälschen und den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

### PRAXISBEISPIEL

Eine Kommune vermietet Parkhäuser an einen privaten Konzessionär, ermäßigt diesem gegenüber jedoch außerplanmäßig und vorübergehend die Konzessionsgebühr, um dessen Modernisierungsmaßnahmen zu unterstützen.

## 3. Beihilfe zugunsten der Endnutzer kommunaler Infrastruktur

Die Nutzer einer kommunalen Infrastruktur unterliegen dem Beihilfeverbot, sofern sie selbst wirtschaftlich tätig sind, das heißt Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbieten, wie etwa als Marktveranstalter oder Messeaussteller. Dasselbe gilt, wenn die Infrastrukturnutzung dem Nutzer eine Gelegenheit zum Verdienst seines Lebensunterhalts verschafft, wie beispielsweise bei Profisportlern. In beiden Fällen werden die Endnutzer begünstigt, sofern sie die kommunale Infrastruktur ohne Zahlung eines marktüblichen Entgelts oder gar unentgeltlich benutzen können. Dies kann

<sup>20</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen zum Fall „Freizeitbad Dorsten“ in Kapitel 1 S.20.

bereits dann der Fall sein, wenn eine kommunale Infrastruktur zwar grundsätzlich allen Interessenten zu gleichen Bedingungen zugänglich ist, *de facto* jedoch nur von ganz bestimmten Endnutzern in Anspruch genommen wird, etwa weil sie – wie dies bei bestimmten Industrieunternehmen der Fall sein kann – auf die Bedürfnisse dieser Benutzer zugeschnitten ist.

### PRAXISBEISPIEL

Die Errichtung einer kommunalen Kläranlage, welche von allen Unternehmen eines Gewerbegebiets genutzt werden kann, *de facto* jedoch in ihrer Dimension und/oder technischen Ausrichtung auf die Anforderungen eines bestimmten Unternehmens zugeschnitten ist.

Ausnahmsweise kann eine Beihilfe zugunsten der Nutzer einer kommunalen Infrastruktur allerdings auch bei nicht kostendeckenden Entgelten ausgeschlossen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass

- die entsprechende Entgeltordnung lokal festgelegt wird,
- die Infrastruktur allen potentiellen Nutzern zugutekommt und
- sich diese Nutzer nicht in einer mit den Nutzern anderer Infrastrukturen vergleichbaren tatsächlichen oder rechtlichen Situation befinden.

### RISIKOHINWEIS

Neben dem Beihilferecht können bei der Festlegung von Gebühren und Abgaben auch andere Normen, etwa des Haushalts- oder Kommunalabgabenrechts, zu beachten sein, die ebenfalls eine Kostendeckung erfordern. Zudem ist bei nicht kostendeckenden Entgeltordnungen immer auch eine mögliche Beihilfe zugunsten des Eigentümers/Errichters und/oder der Betreibers der betroffenen Infrastruktur zu prüfen. Verfügt dieser nicht über genügend Dritteinkünfte beispielsweise aus Werbung oder privaten Spenden, so stellen ausgleichende finanzielle Unterstützungsmaßnahmen der Kommune regelmäßig Beihilfen dar.

## II. Keine Beihilfe bei ausschließlich nicht-wirtschaftlicher Nutzung

Die Finanzierung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen für hoheitliche und/oder rein soziale Zwecke sowie im Rahmen des staatlichen Bildungssystems ist regelmäßig keine Beihilfe. Denn die entsprechenden Einrichtungen sind mangels Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zumeist keine „Unternehmen“ und unterliegen deshalb nicht dem grundsätzlichen Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV. Dies gilt insbesondere für Einrichtungen der Polizei und des Justizvollzugs, staatliche Kindertagesstätten, staatliche Schulen und Hochschulen – soweit sie der unabhängigen Forschung und Lehre nachgehen –, sowie für Sonderschulen- und Behindertenwerkstätten.

Die Abgrenzung zwischen hoheitlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten zur Bestimmung der Unternehmenseigenschaft einer (Infrastruktur-)Einrichtung ist nicht immer eindeutig. Zudem ist die Abgrenzung dynamisch und kann sich insbesondere aufgrund gesetzlicher Liberalisierungen und der Entstehung neuer Märkte verändern.

## RISIKOHINWEIS

Nicht zuletzt aufgrund der Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf einen Betreuungsplatz ab dem 3. Lebensjahr und dem Wandel im Bildungssystem haben sich in den vergangenen Jahren zunehmend private Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulen etabliert, die teilweise hohe Gebühren erheben. Sofern diese im Einzelfall über die allgemeinen Zuschüsse des Landes und der Kommune hinaus staatliche Mittel erhalten, ist sorgfältig zu prüfen, ob infolge einer etwaigen kommerziellen Ausrichtung und eines gegebenenfalls bestehenden Wettbewerbs mit anderen Betreuungs-/Bildungseinrichtungen eine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben ist und die jeweilige Einrichtung daher als Unternehmen dem Beihilferecht unterfällt.

Für die Frage, ob der Betrieb einer Infrastruktur hoheitlichen oder wirtschaftlichen Charakter hat, kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat. Auch die Rentabilität des Betriebs der Infrastruktur ist unbeachtlich. Vielmehr ist im Einzelfall danach zu unterscheiden, ob der Infrastrukturbetrieb nach seiner Art, seinem Gegenstand und den für ihn geltenden Regeln mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängt, oder ob er wirtschaftlichen Charakter hat, also das Anbieten von Gütern oder Waren auf einem Markt zum Gegenstand hat.

Die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und wirtschaftlichem Charakter ist für jede Tätigkeit gesondert zu treffen. So kann es durchaus sein, dass ein und dieselbe Infrastruktureinrichtung hinsichtlich eines bestimmten Bereichs als wirtschaftliche Tätigkeit und hinsichtlich eines anderen Bereichs als hoheitliche Tätigkeit zu qualifizieren ist. Als Beispiele können hier Flughäfen oder Abfallbeseitigungseinrichtungen genannt werden.

Eine beihilferechtlich regelmäßig besonders sorgfältig zu prüfende Fallgestaltung ist dabei die „Vermarktung“ von Überkapazitäten hoheitlich genutzter Infrastrukturen. Zwar können die durch dieses Drittgeschäft erzielten Einnahmen zur Kostendeckung hoheitlicher Infrastrukturen wirtschaftlich sinnvoll sein. Hierbei ist jedoch in besonderem Maße darauf zu achten, dass dies zu vollkostendeckenden Marktpreisen geschieht. Denn anderenfalls würde die staatliche (Gebühren-)Finanzierung des hoheitlichen Betriebs der entsprechenden Infrastruktur beihilferechtswidrig dazu eingesetzt, das marktmäßige, unternehmerische Angebot von Drittgeschäft quer zu subventionieren und so den Wettbewerb zu verfälschen. Regelmäßig wird daher bei einer hoheitlichen und wirtschaftlichen Nutzung einer kommunalen Infrastruktur die Einführung einer getrennten Buchführung zwischen beiden Bereichen (sogenannte Trennungsrechnung)<sup>21</sup> erforderlich sein, um nachweisen zu können, dass keine Quersubventionierung gegeben ist.

### III. Keine Beihilfe bei wettbewerblicher Vergabe und kostendeckendem Entgelt

Eine Beihilfe auf der Ebene des Betreibers und der Endnutzer kann auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Betreiber und das von diesem zu zahlende Entgelt/die Konzessionsabgabe durch ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren ermittelt wurden

<sup>21</sup> Ausführlich hierzu Kapitel 4 zur getrennten Buchführung bei Dawl-Tätigkeiten und Wettbewerbs-Tätigkeiten. Siehe S 70 ff.

und dieses Entgelt beziehungsweise die Konzessionsabgabe zugleich die Kosten der Errichtung und Unterhaltung der entsprechenden Infrastruktur durch den staatlichen Eigentümer deckt. Ist dies der Fall, so dürften regelmäßig auch die Endnutzer der betroffenen Infrastruktur keine staatlichen Beihilfen erhalten. Denn der Betreiber/Konzessionär wird – entsprechend dem beihilferechtlichen Vergleichsmaßstab eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers<sup>22</sup> – von selbst versuchen, das von den Endnutzern erhobene Entgelt der Höhe und der Gesamtsumme nach zu maximieren, um das von ihm zu entrichtende Entgelt/die Konzessionsabgabe zu refinanzieren und seinen Gewinn zu steigern.

Decken Entgelt/Konzessionsabgabe des Betreibers einer kommunalen Infrastruktur hingegen nicht die Kosten der Infrastrukturerichtung und -unterhaltung, so geht die Europäische Kommission selbst dann von einer Beihilfe zugunsten des Betreibers aus, wenn dieses Entgelt in einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren ermittelt wurde. Entsprechende Entscheidungen hat die Kommission beispielsweise für die Förderung des Breitbandausbaus sowie des öffentlichen Personennahverkehrs erlassen. In diesen Fällen kommt jedoch eine Freistellung der Beihilfen von der Notifizierungspflicht oder eine Genehmigung durch die Kommission in Betracht.<sup>23</sup> Eine durchgeführte Ausschreibung kann entsprechend der sogenannten *Altmark-Trans*-Rechtsprechung des EuGH<sup>24</sup> in diesen Fällen dazu dienen, die aufgrund der erforderlichen staatlichen Förderung nach Auffassung der Kommission eintretende Wettbewerbsverfälschung auf das notwendige Maß zu reduzieren und so beihilferechtlich genehmigungsfähig zu machen.

#### IV. Freistellung nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung

Von erheblicher Bedeutung für die beihilferechtlich ordnungsgemäße Finanzierung kommunaler Infrastruktur ist die am 01. Juli 2014 in Kraft getretene Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung („AGVO“), durch die bestimmte staatliche Finanzierungsmaßnahmen von der Notifizierungspflicht befreit werden. Denn zu den privilegierten Gruppen staatlicher Maßnahmen zählt auch die Finanzierung von Kultureinrichtungen, Denkmalschutzmaßnahmen, sogenannten lokalen Infrastrukturen sowie von multifunktionalen Sport- und Freizeiteinrichtungen.

Generelle und daher stets zu beachtende Voraussetzungen für die Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der AGVO sind

- allgemeine Vorgaben (Transparenz, Anzeigepflicht, Dokumentation);
- die Einhaltung gruppenspezifischer Schwellenwerten;
- die Beachtung gruppenspezifischer Beihilfehöchstintensitäten.

In Abhängigkeit von der konkret beabsichtigten Maßnahme sind darüber hinaus regelmäßig besondere Voraussetzungen einzuhalten, um eine Beihilfe auf Betreiber- oder Nutzerebene auszuschließen oder jedenfalls deren Wirkung auf den Wettbewerb zu minimieren und so in den Genuss der Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der AGVO zu gelangen.

---

<sup>22</sup> Ausführlich hierzu Kapitel 1.

<sup>23</sup> Siehe dazu S. 56 ff.

<sup>24</sup> Ausführlich hierzu Kapitel 4 S. 61 ff.

## 1. Allgemeine Voraussetzung einer Freistellung nach der AGVO

### 1.1. Erfordernis der Transparenz

Nach der AGVO sind nur sogenannte transparente Beihilfen freistellungsfähig. Das sind Beihilfen, für die eine genaue Höhe des Beihilfeelementes – das sogenannten Bruttosubventionsäquivalent – im Voraus und ohne Risikoeinschätzung berechnet werden kann. Vereinfacht bedeutet dies, dass lediglich folgende, für die Finanzierung kommunaler Infrastruktur bedeutsame Maßnahmen nach der AGVO freistellungsfähig sind:

- Zuschüsse und Zinszuschüsse;
- Darlehen, deren Bruttosubventionsäquivalent anhand des jeweils gültigen Referenzzinssatzes<sup>25</sup> ermittelt wurde;
- Garantien und Bürgschaften, deren Bruttosubventionsäquivalent nach Maßgabe einer Mitteilung der Kommission oder nach einer von der Kommission anerkannten Methode berechnet wurde;
- Steuervergünstigungen, sofern durch entsprechende Obergrenzen sichergestellt ist, dass der jeweils maßgebliche Schwellenwert nicht überstiegen wird;
- Rückzahlbare Vorschüsse, sofern dessen Nominalwert den jeweils maßgeblichen Schwellenwert nicht übersteigt oder dessen Bruttosubventionsäquivalent nach einer von der Kommission anerkannten Methode berechnet wurde.

### 1.2. Erfordernis eines Anreizeffekts

Nach der AGVO sind weiter nur solche Beihilfen freistellungsfähig, die einen sogenannten Anreizeffekt haben.

Der Anreizeffekt setzt voraus, dass die Beihilfe von dem Empfänger beantragt wurde, *bevor* er mit dem entsprechenden Projekt oder der entsprechenden Tätigkeit begonnen hat. Dies entspricht im Wesentlichen dem deutschen Zuwendungsrecht, wonach bei Erlass des Förderbescheids regelmäßig noch nicht mit dem geförderten Vorhaben begonnen worden sein darf, sofern der vorzeitige Maßnahmenbeginn nicht ausnahmsweise von der Bewilligungsbehörde zugelassen wurde.

Der Förderantrag muss unter anderem eine Projektbeschreibung, die Zusammensetzung der erwarteten Gesamtprojektkosten sowie die Angabe der beantragten Form und Höhe der staatlichen Finanzierung enthalten. Da es sich bei öffentlichen Unternehmen regelmäßig nicht um kleine oder mittlere Unternehmen (KMU) im Sinne des Anhangs I der AGVO handelt, muss sich aus der Antragsdokumentation zusätzlich ergeben, dass die Beihilfe eine wesentliche Erweiterung des Projektes, eine wesentliche Steigerung der vom Empfänger für das Projekt vorgesehenen Mittel oder eine schnellere Fertigstellung des Projektes bewirken wird.

### 1.3. Anzeigepflicht und Pflicht zur Dokumentation

Die Kehrseite der Befreiung von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht ist die Verpflichtung des Mitgliedstaates, die gewährten und nach der AGVO freigestellten Beihilfen gegenüber der Kommission anzuzeigen. Der Kommission soll so eine etwaige nachträgliche Überprüfung, ob die Freistellungsbedingungen erfüllt sind, ermöglicht werden. Die beihilfegewährende Kommune ist deshalb verpflichtet, eine vollständige Dokumentation zum Nachweis der Einhaltung der Freistellungsbedingungen mindestens zehn Jahre vorzuhalten und auf Verlangen binnen 20 Arbeitstagen an die Kommission zu übermitteln.

<sup>25</sup> Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze, (ABl. C 14 vom 19.01.2008, S. 4.).

## 2. Gruppenspezifische Schwellenwerte und Beihilfemaximalintensitäten

### 2.1. Betriebs- und Investitionsbeihilfen für Kultureinrichtungen und Denkmalschutz

Nach Art. 53 AGVO können zunächst Kultur- und Denkmalschutzbeihilfen von der Notifizierungspflicht freigestellt sein. Dies kommt etwa folgenden Einrichtungen zugute:

- Museen;
- Archive;
- Büchereien;
- Kunst- und Kulturzentren;
- Theater, Opernhäuser, Konzertsäle und andere Bühneneinrichtungen oder vergleichbare Kunst- und Kultureinrichtungen;
- Kulturdenkmäler und archäologische Stätten;
- historische Plätze und denkmalgeschützte Gebäude sowie
- anerkannte Naturdenkmäler.

Der Höhe nach können Kommunen *Investitionsbeihilfen* von bis zu 100 Millionen Euro pro Projekt sowie jährliche *Betriebsbeihilfen* von bis zu 50 Millionen Euro pro Unternehmen ohne vorherige Notifizierung gewähren.

*Investitionsbeihilfen* können unter anderem folgende, beihilfefähige *Investitionskosten* ausgleichen:

- die Kosten für den Bau, Ausbau, Erwerb, die Erhaltung oder die Verbesserung der Infrastruktur, sofern diese zeitlich oder räumlich zu mindestens 80 % für kulturelle Zwecke genutzt wird;
- die Kosten für den Erwerb oder die Anmietung von Kulturgütern und deren Transport sowie
- die Kosten für den Schutz, die Erhaltung, die Restauration oder die Wiederbelebung von Kulturgütern.

Unabhängig von dem vorgenannten Maximalbetrag für Investitionsbeihilfen von 100 Millionen Euro je Projekt sind die Investitionsbeihilfen der Höhe nach stets auf die Differenz zwischen den beihilfefähigen Investitionskosten und dem sogenannten Betriebsgewinn<sup>26</sup> der Investition beschränkt.

*Betriebsbeihilfen* können unter anderem für folgende, beihilfefähige *Betriebskosten* gewährt werden:

- die Kosten für Ausstellungen, Aufführungen und Veranstaltungen;
- die Kosten für kulturelle oder künstlerische Bildungsangebote und Öffentlichkeitsarbeit;
- die Kosten für die Verbesserung des öffentlichen Zugangs (zum Beispiel Digitalisierung, Barrierefreiheit) sowie
- Personalkosten und Beratungskosten.

Die Betriebsbeihilfe darf die Höhe der operativen Verluste zuzüglich eines angemessenen Gewinns nicht übersteigen.

Werden die Differenz zwischen den beihilfefähigen Investitionskosten und den Betriebsgewinnen sowie die zu erwartenden operativen Verluste nicht im Voraus berechnet, so ist über einen Rück-

<sup>26</sup> Der Betriebsgewinn aus einer Investition ist gemäß AGVO die Differenz zwischen den abgezinsten Einnahmen und den abgezinsten Betriebskosten im Laufe des betreffenden Investitionszeitraums, wenn die Differenz positiv ist. Betriebskosten sind u. a. Personal-, Material-, Fremdleistungs-, Kommunikations-, Energie-, Wartungs-, Miet- und Verwaltungskosten; für die Zwecke der AGVO zählen dazu jedoch weder Abschreibungs- noch Finanzierungskosten, wenn diese durch die Investitionsbeihilfe gedeckt werden.



zahlungsmechanismus sicherzustellen, dass die entsprechende Einrichtung nicht mehr als diese Differenz bzw. den tatsächlichen Verlust erhält.

Sofern die Beihilfen insgesamt den Betrag von einer Million Euro nicht übersteigen, können diese vereinfachend auf 80 % der insgesamt beihilfefähigen Kosten festgesetzt werden.

### PRAXISTIPP

Abschreibungs- und Finanzierungskosten können ebenfalls ausgeglichen werden, in der Regel durch Investitionsbeihilfen. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass die Kosten einer Investition nicht doppelt bezuschusst werden, einmal durch Beteiligung an den Errichtungs- und Anschaffungskosten und einmal durch Ausgleich jährlicher Verluste aufgrund von Abschreibungen und Zins- und Tilgungsbelastungen.

## 2.2. Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen

Neben Kultur- und Denkmalschutzbeihilfen können gemäß Art. 56 AEUV auch Investitionsbeihilfen zur Finanzierung „*lokaler Infrastrukturen*“ je Vorhaben bis zu einer Höhe von 10 Millionen Euro oder bis zu einer Gesamtinvestitionssumme von 20 Millionen Euro von der Notifizierungspflicht befreit sein.

**Definition:** Lokale Infrastrukturen sind Infrastrukturen, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten.

Diese Definition ist wohl bewusst weit gefasst. Entscheidungen von EuGH und Kommission hierzu liegen bislang noch nicht vor, weil die AGVO erst im Juli 2014 in Kraft getreten ist. Der Begriff „*lokal*“ dürfte allerdings voraussetzen, dass die entsprechenden Einrichtungen primär den Bedürfnissen von Unternehmen und Bevölkerung vor Ort dienen und von ihnen keine nennenswerte Anziehungskraft auf überregionale, insbesondere EU-ausländische Nutzer ausgeht. Freistellungsfähige lokale Infrastrukturen können zum Beispiel Markthallen, öffentliche PKW-Parkflächen, Fahrradstationen, Freizeitsport- und Spielplätze oder öffentliche WC-Anlagen sein.

### PRAXISBEISPIEL

Ein anschauliches Beispiel für die Abgrenzung lokaler von überregionaler Infrastruktur sind kommunale Freizeit- und Spaßbäder. Diese können sich in Abhängigkeit unter anderem von ihrer Größe und Ausstattung (Abenteuerrutschen, Wellenbad, Wellnessbereich/Thermen, Übernachtungsmöglichkeiten und Restaurantbetrieb) entweder an die Bevölkerung vor Ort oder an einen überregionalen Besucherkreis richten. Letzteres ist insbesondere bei den „Abenteuer- und Wasserparks“ in Spanien, Frankreich und Portugal der Fall, aber auch bei großen Spaßbädern/Thermen in Deutschland denkbar. Stets ist dabei im Rahmen einer Gesamtschau (mehrsprachiges Internetangebot, Eintrittspreise, Besucherkapazität, Auslastungsbedarf zur Kostendeckung) zu prüfen, ob sich eine lokale Ausrichtung begründen lässt.

Staatlich finanzierte lokale Infrastrukturen müssen ihren Nutzern zudem auf der Grundlage eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Regelwerks zugänglich gemacht werden. Die Entgelte für die Nutzung oder den Erwerb staatlich finanzierter lokaler Infrastrukturen müssen jeweils dem „Marktpreis“ entsprechen.

Der Marktpreis im Sinne dieses Freistellungstatbestandes der AGVO muss nicht zwangsläufig kostendeckend sein. Dies ergibt sich bereits daraus, dass bei vollständig kostendeckenden Entgelten kein Bedürfnis für staatliche Beihilfen in diesem Bereich bestünde und die Freistellung von Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen nach der AGVO praktisch leer liefe. Zudem wird die Zulässigkeit beihilfefinanzierter, nicht kostendeckender Entgelte auf der Endnutzerebene durch die jüngere EuGH-Rechtsprechung bestätigt, wenngleich hiernach bei nicht bloß lokalen Infrastrukturen sowie bei Überschreitung der AGVO-Schwellenwerte weitergehende Voraussetzungen zu erfüllen sind (siehe oben Ziffer I.3. S. 49). Zu beachten gilt es allerdings in jedem Fall, dass nach anderen, nicht beihilferechtlichen Vorschriften wie etwa dem Haushalts- oder Kommunalabgabenrecht die Erhebung kostendeckender Entgelte für die Nutzung oder den Erwerb lokaler Infrastrukturen erforderlich sein.

Im Falle lokaler Infrastrukturen sind nach der AGVO ausschließlich die Investitionskosten beihilfefähig. Der Beihilfebetrag ist dabei auf die Differenz zwischen den Betriebsgewinnen und den beihilfefähigen Investitionskosten begrenzt. Wird diese Differenz nicht im Voraus berechnet, so ist über einen Rückzahlungsmechanismus sicherzustellen, dass die entsprechende Einrichtung nicht mehr als diese Differenz behält. Infrastrukturen nach Maß, das heißt Infrastrukturen, die speziell auf die Bedürfnisse eines bestimmten Nutzers „zugeschnitten“ sind, können nach der AGVO nicht freigestellt werden.

### RISIKOHINWEIS

Die kommunale Finanzierung eines Parkplatzes, der unmittelbar neben dem Hauptverwaltungsgebäude eines Unternehmens angelegt wird und theoretisch für alle Autofahrer nutzbar ist, tatsächlich aber im Wesentlichen den Mitarbeitern der Firma dient, wäre voraussichtlich als „Infrastruktur nach Maß“ zugunsten dieses Unternehmens zu beurteilen und daher nicht nach der AGVO von der Pflicht zur Notifizierung befreit (und wohl auch nicht genehmigungsfähig).

Wird der Betrieb einer lokalen Infrastruktur – etwa ein Spaßbad – einem Dritten überlassen, so ist dieser durch ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren unter Beachtung der jeweiligen vergaberechtlichen Bestimmungen auszuwählen.

## 2.3. Betriebs- und Investitionsbeihilfen für Sport- und Freizeitinfrastruktur

### 2.3.1. Hintergrund: Beihilferelevanz staatlicher Sportstättenförderung

Im Bereich der kommunalen Finanzierung von Sportstätten ist zwischen der Finanzierung des Breiten- und Amateursports und möglicher Beihilfen durch die Finanzierung der Infrastruktur und Beihilfen zugunsten einzelner (Profi-)Sportvereine zu unterscheiden:

Die staatliche Finanzierung von Sport- und Freizeitinfrastruktur, die durch Amateur- und Breitensportvereine genutzt wird, stellt in der Regel keine Beihilfe dar. Denn diese Nutzer sind zumeist nicht wirt-

schaftlich tätig und unterfallen somit mangels Unternehmenseigenschaft von vornherein nicht dem EU-Beihilferecht.

Aber auch soweit Amateur- und Breitensportvereine im Einzelfall wirtschaftlich tätig sind, ist die staatliche Förderung von Freizeit- und Sportinfrastruktur in diesem Bereich nur dann beihilferelevant, wenn diese Vereine als deren *Betreiber* trotz ihres begrenzten räumlichen Wirkungskreises mit privaten Sportanlagenbetreibern konkurrieren. Dies kann etwa bei vereinsbetriebenen Fitness-, Wellness- oder Funsportangeboten der Fall sein.

### PRAXISBEISPIEL

Die Kommission hat beispielsweise die kommunale Förderung der Kletterhallen und -anlagen des Deutschen Alpenvereins e.V. als Beihilfe angesehen, weil die Kletteranlagen unter anderem auch entgeltlich an Nicht-Vereinsmitglieder vermietet wurden. Sie hielt diese Förderung jedoch für mit dem Binnenmarkt vereinbar und hat sie auf Grundlage des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV genehmigt.

Demgegenüber unterliegt die staatliche Förderung des Profisports, vor allem des Profifußballs, dem Beihilferecht, weil diese Vereine und Sportler eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Denn nach der Definition der AGVO ist Profisport die Ausübung von Sport als entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung, bei welcher der finanzielle Ausgleich höher ist als etwaige Teilnahmekosten und einen erheblichen Teil des Einkommens der Sportler ausmacht. Im Profifußball sieht die Kommission diese Voraussetzung bis in die 3. Bundesliga als erfüllt. Führt man sich Unternehmen wie die *Eintracht Frankfurt Fußball Aktiengesellschaft* und den Wettbewerb auch der Vereine in der 2. und 3. Liga um (internationale) Sponsoren und (ausländische) Spieler vor Augen, ist dies leicht nachvollziehbar.

Die Einstufung des Profisports als dem Beihilferecht unterfallende wirtschaftliche Tätigkeit gilt es insbesondere bei der staatlichen Sportstättenförderung zu beachten. Denn die Errichtung und der Betrieb dieser Sportstätten können ihrerseits bei einer parallelen, „dualen“ Nutzung durch Amateur- und Profisportvereine zur wirtschaftlichen und damit beihilferelevanten Tätigkeit werden.

Zudem sieht die Kommission beispielsweise selektiv begünstigende Nutzungsbedingungen für Sportstadion, die Bemessung von Grundstückkaufpreisen oder auch Finanzhilfen für in Schwierigkeiten geratene Vereine als beihilferechtsrelevante Maßnahmen an, sofern diese dem Profisport zugutekommen.

### 2.3.2. Freistellungsmöglichkeit nach der AGVO

Mit der AGVO hat die Kommission nun entsprechend ihrer früheren Genehmigungspraxis eine Freistellungsmöglichkeit geschaffen, die der in der Praxis des Breitensports üblichen dualen Nutzung von Sportstätten und multifunktionalen Freizeiteinrichtungen durch den Profi- und den Amateursport Rechnung trägt.

Nach Art. 55 der AGVO sind *Investitionsbeihilfen* zur Finanzierung von Sport- und multifunktionaler Freizeitinfrastruktur bis zu 15 Millionen Euro oder bis zu einer Gesamtinvestitionssumme von maximal 50 Millionen Euro je Vorhaben von der Notifizierungspflicht freigestellt. Für *Betriebsbeihilfen* gilt eine Obergrenze von bis zu 2 Millionen Euro je Infrastruktur und Jahr.

Unter den Begriff der Sportinfrastruktur fallen Sportstätten für sämtliche Sportarten. Unter multifunktionalen Freizeitinfrastrukturen könnten beispielsweise öffentliche Fun-Sportanlagen (etwa Skaterparks, Kletterwälder, Baggerseen) oder auch Freizeit- und Erholungseinrichtungen wie etwa Kurbetriebe zu verstehen sein, die aufgrund ihrer Gestaltung oder ihres Betriebes für verschiedene kulturelle, sportliche sowie für Freizeit Zwecke genutzt werden können. Von der AGVO explizit ausgenommen sind Vergnügungsparks und Hotels, für diese gelten die Freistellungsmöglichkeiten demnach nicht.

Eine Freistellung der Finanzierung solcher multifunktionaler Sport- und Freizeitinfrastruktur nach der AGVO setzt wiederum eine transparente, nicht-diskriminierende Zugangsregelung voraus, um eine beihilferechtlich relevante Bevorzugung bestimmter Nutzer und Nutzergruppen zu vermeiden.

Vorzugsbedingungen – wie etwa ein finanziell günstigerer oder zeitlich längerer Zugang – für einzelne Sportler, Vereine oder Unternehmen dürfen nur vereinbart werden, wenn diese zuvor mehr als 30 % der Investitionskosten beigesteuert haben. Derartige Vorzugsbedingungen ebenso wie die Nutzungsentgelte für Profisportvereine sind jedoch zu veröffentlichen. Für den Zugang zu Sportinfrastrukturen gilt nach Art. 55 Abs. 2 AGVO einschränkend, dass diese jährlich mindestens während 20 % der Öffnungszeiten von mehr als einem professionellen Nutzer oder aber durch den Amateursport genutzt werden müssen.

*Investitionsbeihilfen* für Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur sind auf die Differenz zwischen dem Betriebsgewinn und den beihilfefähigen Investitionskosten (einschließlich Abschreibungen und Finanzierungskosten) begrenzt.

*Betriebsbeihilfen* sind nur für den Betrieb von *Sportstätten* freistellungsfähig und nur bis zur Höhe der operativen Verluste. Beihilfen für den Betrieb *multifunktionale Freizeitinfrastruktur* müssen demnach – sofern sie nicht unter dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge freistellungsfähig sind<sup>27</sup> – weiterhin bei der Kommission notifiziert und von dieser genehmigt werden.

Wird die Höhe der zulässigen Investitions- oder Betriebsbeihilfen nicht im Voraus berechnet und begrenzt, so ist wiederum über einen Rückzahlungsmechanismus sicherzustellen, dass die entsprechende Einrichtung nicht mehr als die vorgenannte Differenz zwischen den tatsächlichen Betriebsgewinnen und Investitionskosten beziehungsweise nicht mehr als die tatsächlichen operativen Verluste erhält. Sofern die Beihilfen den Betrag von einer Million Euro nicht übersteigen, können diese vereinfachend auf 80 % der beihilfefähigen Kosten festgesetzt werden.

Wird der Betrieb einer Sport- oder multifunktionale Freizeitinfrastruktur einem Dritten überlassen, muss dieser im Rahmen eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungswettbewerbs unter Beachtung der jeweiligen vergaberechtlichen Bestimmungen vergeben werden.

### 2.3.3. Exkurs: Stadionbau und Umbau

Die staatliche Finanzierung eines Stadionneu- oder -umbaus übersteigt häufig die Schwellenwerte der AGVO. Gleichwohl können derartige staatliche Unterstützungsmaßnahmen im Rahmen des dann erforderlichen Notifizierungsverfahrens von der Kommission nach Artikel 107 Absatz 3 lit. c AEUV genehmigt werden. Eine Genehmigung setzt voraus, dass mit dem geförderten Vorhaben ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt wird, die staatliche Förderung erforderlich ist und die Handels-

---

<sup>27</sup> siehe hierzu gleich S. 56 ff.

bedingungen auf dem Binnenmarkt hierdurch nicht in einer Weise verändert werden, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen:

- **Ziel von gemeinsamen Interesse:** Ein Stadionneu- oder -umbau ermöglicht nicht nur die Durchführung von Profisportveranstaltungen, sondern kann – bei entsprechender Ausgestaltung – auch der Förderung des Breiten- und Amateursports dienen. Diese Förderung des (Breiten- und Amateur-) Sports liegt im gemeinsamen europäischen Interesse. Dies ergibt sich aus Art. 165 AEUV, wonach dem Sport mit seinen auf freiwilligem Engagement beruhenden Strukturen eine bedeutende soziale und pädagogische Funktion zukommt. Bei der staatlichen Förderung eines Stadionneu- oder -umbaus ist daher – wie schon nach der AGVO – darauf zu achten, dass neben der Nutzung durch den Profisport stets auch eine allgemeine, diskriminierungsfreie und transparente Nutzungsmöglichkeit für andere interessierte Nutzer wie beispielsweise lokale Sportvereine, den Schul- und Hochschulsport oder auch private und öffentliche Sport- oder Kulturveranstalter besteht. Bezüglich der Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen sowie hinsichtlich der Voraussetzungen für Vorzugsbedingungen zugunsten des Profisports kann Art. 55 AGVO als Orientierungshilfe dienen.
- **Erforderlichkeit der staatlichen Förderung:** Die Erforderlichkeit eines Stadionneu- oder -umbaus ist anhand der benötigten Kapazität und der Finanzierungsfähigkeit durch die beteiligten Vereine und private Sponsoren sowie danach zu beurteilen, inwieweit vorhandene Stadien oder andere Infrastrukturen geeignet sind, den Bedarf vor Ort zu decken. Ferner sind die generellen Grundsätze der AGVO zu beachten. Danach ist die Beihilfeintensität in jedem Fall auf das Mindestmaß zu beschränken, entweder durch Berechnung der Finanzierungslücke im Voraus oder durch einen entsprechenden Rückforderungsmechanismus.
- **Auswirkungen auf den gemeinsamen Handel und Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten:** Auswirkungen der staatlichen Förderung eines Stadionneu- oder -umbaus auf den gemeinsamen Handel und Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten, die einer Genehmigung gegebenenfalls entgegenstehen, sind umso eher anzunehmen, je stärker die hierdurch geförderten Profisportvereine kommerziell und grenzüberschreitend tätig sind. Bei Fußballvereinen der 1., 2. und 3. Bundesliga in Deutschland beziehungsweise bei den entsprechenden Ligen in anderen EU-Mitgliedstaaten geht die Kommission von Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten vor allem dann aus, wenn der Beihilfeempfänger an internationalen Turnieren teilnimmt, Gewinne aus dem Verkauf von Übertragungsrechten generiert oder relevante Sponsoring- und Merchandising-Aktivitäten entfaltet. Auch der Transfer von Spielern aus ausländischen Ligen und der Stadionbesuch durch überörtliche Besucher werden von der Kommission als entscheidungserheblich angesehen.

### PRAXISTIPP

Die Frage, unter welchen weiteren Voraussetzungen die von einem staatlich geförderten Stadionneu- oder -umbau ausgehende Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung noch angemessen ist, sowie etwaige weitere Einzelheiten und Besonderheiten der Finanzierung eines konkreten Vorhabens können letztlich nur im Rahmen eines informellen Vorab-Kontakts, einer Prä-Notifizierung sowie des förmlichen Notifizierungs- und Genehmigungsverfahrens<sup>28</sup> mit der Kommission erörtert werden. Generell zeigt sich jedoch, dass die Kommission die Förderung des Baus und Betriebs von Sportstätten und multifunktionalen Freizeiteinrichtungen tendenziell großzügig genehmigt.

<sup>28</sup> Ausführlich zu diesen Verfahrensschritten Kapitel 1 S. 21 ff.

## V. Freistellung oder Genehmigung der Finanzierung kommunaler Infrastrukturen unter dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge

Sofern die staatliche Finanzierung kommunaler Infrastruktur nicht auf Grundlage der AGVO von der Notifizierungspflicht befreit werden kann, kommt gleichwohl eine Freistellung nach Maßgabe anderer EU-beihilferechtlicher sowie letztlich auch eine Genehmigung durch die Kommission im Nachgang zu einer Notifizierung in Betracht. Diese Möglichkeiten sieht Art. 58 Abs. 2 AGVO ausdrücklich vor. Dies betrifft sowohl die staatliche Finanzierung von Infrastrukturen, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der AGVO fallen, als auch solche Fördermaßnahmen, welche die Anmelde-schwellen und/oder Beihilfehöchstintensitäten der AGVO überschreiten.

Als Rechtsgrundlage für eine derartige weitergehende Freistellung oder Genehmigung im Bereich der kommunalen Infrastrukturen kommen vor allem die EU-beihilferechtlichen Vorschriften über die Finanzierung staatlicher Daseinsvorsorge – sogenannte Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („Dawl“) – in Betracht.<sup>29</sup>

Unter den Begriff der Dawl können nach der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und Gerichte neben den bereits genannten Tätigkeiten unter anderem folgende kommunale Infrastrukturen fallen:

- Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen;
- Abfallentsorgungsanlagen, jedenfalls für bestimmte Abfallfraktionen wie beispielsweise gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushalten;
- Jugendzentren;
- Gemeindesäle;
- Konzerträume;
- Schwimmbäder;
- Museen;
- Bibliotheken;
- Bildungszentren;
- Obdachlosenheime;
- Zoos.

Zu der in der kommunalen Praxis bedeutsamen Finanzierung von Messeinfrastruktur sowie Kongress- und Veranstaltungszentren hat die Kommission bislang soweit ersichtlich noch keine EU-beihilferechtlichen Entscheidungen erlassen. Allerdings sprechen verschiedene Ausführungen in mehreren vergaberechtlichen Urteilen des EuGH dafür, dass auch eine Finanzierung dieser Infrastrukturen als Einrichtungen der Wirtschaftsförderung und Verbraucherinformation unter dem Gesichtspunkt der Dawl nach dem Freistellungsbeschluss von der Notifizierungspflicht befreit bzw. – bei Überschreiten des Schwellenwerts von 15 Millionen Euro per annum – nach dem Dawl-Rahmen genehmigungsfähig sein können, sofern eine ordnungsgemäße Betrauung gegeben ist.

---

<sup>29</sup> Ausführlich hierzu Kapitel 4 S. 65 ff.



## RISIKOHINWEIS

Ungeachtet der vorgenannten Beispiele ist die Freistellungs- oder Genehmigungsfähigkeit einer bestimmten kommunalen Infrastruktur als Dawl stets im Einzelfall zu prüfen. Insbesondere in regulierten Sektoren wie der Abfallwirtschaft und im Falle gesetzlich geregelter Finanzierungs- und Entgeltstrukturen wie in der Krankenhausversorgung ist anhand der konkret zu finanzierenden, individuellen Tätigkeit zu prüfen, ob eine Einstufung als ausgleichsfähige besondere Dawl gerechtfertigt und eine Finanzierung erforderlich ist.





## **Kapitel 4**

### **Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge**

# **KLINIKUM**

## Kapitel 4

### Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge

Sarah Ludwig, LL.M., KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Dr. Ben Michael Risch, Hessischer Städtetag

#### I. Einleitung

Die größte praktische Bedeutung hat das Europäische Beihilferecht aus kommunaler Sicht bei der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge wie dem sozialen Wohnungsbau, dem Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV), der Wasserversorgung und dem Bildungs- und Kulturwesen, die zumeist von kommunalen Unternehmen erbracht werden.

Diese Leistungen sind aufgrund der hohen Fixkosten und/oder sozialpolitischer Vorgaben für die Festsetzung der Entgelte häufig nicht kostendeckend zu erbringen. Dementsprechend sind die Eigengesellschaften und Betriebe auf eine Finanzierung durch die Gesellschafter-Kommune in Form von Verlustabdeckungen, Kapital- und Sacheinlagen, Darlehen, Bürgschaften und der unentgeltlichen Überlassung von Immobilien oder durch Quersubventionierung aus anderen Unternehmenssparten angewiesen.

Gleichzeitig sind auch Leistungen der Daseinsvorsorge in der Regel „wirtschaftliche“ Tätigkeiten im Sinne des Beihilfegriffs des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und fallen demzufolge in den Anwendungsbereich der EU-beihilferechtlichen Wettbewerbsregeln. Die Finanzierung kommunaler Leistungen der Daseinsvorsorge unterliegt damit grundsätzlich dem Beihilfeverbot und der Notifizierungspflicht der Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3 AEUV<sup>30</sup>.

Diesen Konflikt aus praktischer Notwendigkeit zur Finanzierung der (kommunalen) Daseinsvorsorge einerseits und grundsätzlichem Beihilfeverbot andererseits hatte zunächst der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Grundsatzentscheidung *Altmark Trans* zu lösen versucht. Im Nachgang zum *Altmark-Trans-Urteil* 2003 erließ die Europäische Kommission im Jahr 2005 das sogenannte *Monti-Paket*, welches 2012 durch das sogenannte *Almunia-Paket* überarbeitet und ersetzt wurde.

Spätestens mit diesen Maßnahmenpaketen, die die beihilferechtliche Zulässigkeit der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge durch die Mitgliedstaaten regeln, ist das EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis angekommen. Zuvor hatte bereits die Neufassung der *De-minimis-Verordnung* und der *Bürgschaftsmitteilung 2008* der Europäischen Kommission den Spielraum der Kommunen zur Finanzierung ihrer Unternehmen erheblich eingeschränkt. Die kommunalen Unternehmen ihrerseits müssen sich zudem aufgrund der verstärkten Prüfung beihilferechtlicher Sachverhalte durch den Abschlussprüfer infolge des neuen IDW-Prüfungsstandards 700 sowie der haftungsrechtlichen Risiken<sup>31</sup> intensiver als bisher mit der Frage auseinandersetzen, ob sie rechtswidrige und deshalb rückforderungsfähige Beihilfen erhalten haben.

---

<sup>30</sup> Siehe hierzu Kapitel 1; ausführlich auch der Leitfaden des Wirtschaftsministeriums NRW, EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, Download unter: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_sgei/de\\_2\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/de_2_de.pdf).

<sup>31</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 und 7.



Ungeachtet der gestiegenen Bedeutung des EU-Beihilferechts für Kommunen und kommunale Unternehmen wirft die Umsetzung der einzelnen Vorgaben in der kommunalen Praxis der Daseinsvorsorge noch zahlreiche Fragen auf.

## II. Beihilferechtlicher Rahmen für die Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge

Für Verwirrung sorgt zumeist bereits die Vielzahl der unterschiedlichen Normen, Begriffe sowie Stellungnahmen der Kommission, die sich mit der Finanzierung der Daseinsvorsorge durch die Mitgliedstaaten und dem Beihilferecht beschäftigen.

Nachfolgend werden daher zunächst die wesentlichen Begriffe und Vorgaben kurz erläutert, bevor die in der kommunalen Praxis mit Abstand wichtigste Fallkonstellation – die Befreiung der Finanzierung eines kommunalen Daseinsvorsorgeunternehmens vom Beihilfeverbot/von der Notifizierungspflicht aufgrund einer Betrauung – ausführlich dargestellt wird.

### 1. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge entsprechen im EU-Beihilferecht den sogenannten *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*. Diese genießen im EU-Beihilferecht einen privilegierten Sonderstatus. Aufgrund ihrer gesellschaftspolitischen Bedeutung (Art. 14 AEUV) sieht Art. 106 Abs. 2 AEUV für staatliche Ausgleichsleistungen an Unternehmen zur Erbringung von Daseinsvorsorge eine Ausnahmemöglichkeit vom allgemeinen Beihilfeverbot und der Notifizierungspflicht der Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3 AEUV vor, wenn ihre Erbringung andernfalls verhindert würde:

*„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind [...], gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.“*

### 2. Altmark-Trans-Urteil des EuGH

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Jahr 2003 im *Altmark-Trans*-Verfahren<sup>32</sup> betreffend Ausgleichszahlungen im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) den Ausnahmetatbestand des Art. 106 Abs. 2 AEUV konkretisiert und festgelegt, dass keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt und damit auch die Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV für die jeweilige staatliche Maßnahme entfällt, wenn die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein;
- (2) Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen;
- (3) Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken;

---

<sup>32</sup> EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Slg. 2003, S. I-7747.

- (4) Wenn die Auswahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Mitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, tragen müsste. Die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen sind zu berücksichtigen.

### 2.1. Sinn und Zweck des vierten Altmark-Trans-Kriteriums

Das vierte *Altmark-Trans*-Kriterium soll sicherstellen, dass der staatliche Ausgleich für die Wahrnehmung der Gemeinwohlverpflichtung nicht die Möglichkeit zur Erstattung solcher Kosten des beauftragten Unternehmens einschließt, die durch dessen fehlende Effizienz verursacht werden. Das Unternehmen soll also keinen Vorteil dergestalt erhalten, dass es unabhängig von den Marktbedingungen – also auch ineffizient und defizitär – tätig werden kann. Zugleich ermöglicht es den Mitgliedstaaten in Monopolbereichen einen schrittweisen Übergang zum Wettbewerb, ohne die staatlichen Monopolunternehmen durch eine Ausschreibung von einem Tag auf den anderen in ihrer Existenz zu gefährden.

### 2.2. Hohe Anforderungen an den Nachweis des vierten Altmark-Trans-Kriteriums

Der Begriff des durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens wurde vom EuGH in seinem *Altmark-Trans-Urteil* erstmalig und ohne nähere Erläuterung verwendet; eine Definition hierfür kennt das Europäische Beihilferecht nicht.

Die Kommission weist unabhängig von ihren ausführlichen Erläuterungen zu anderen Aspekten der Dawl-Finanzierung lediglich darauf hin, dass die Mitgliedstaaten objektive Kriterien heranzuziehen haben, die aus wirtschaftlicher Sicht als typisch für eine zufriedenstellende Unternehmensführung anerkannt sind. Dabei soll der Mitgliedstaat der Größe und etwaigen Marktmacht eines Unternehmens sowie den sektorspezifischen Vorschriften und unterschiedlichen Kostenstrukturen in den verschiedenen Wirtschaftszweigen Rechnung tragen. Dementsprechend ergeben sich erhebliche Unsicherheiten bei der Berechnung des Kostenausgleichs.

Die bloße Bildung eines Durchschnittswertes von Kosten vergleichbarer Unternehmen, beispielsweise anhand statistischer Daten, genügt nach Auffassung der Kommission für einen solchen Nachweis nicht. Denn die Zugrundelegung statistisch ermittelter Kosten für die Aufgabenerfüllung könne nicht per se zu der Schlussfolgerung führen, dass diese Vergleichsunternehmen selbst als gut geführte, rentabel arbeitende Unternehmen anzusehen sind. Vielmehr repräsentieren die statistischen Daten nur die den Vergleichsunternehmen tatsächlich entstandenen Kosten.

#### RISIKOHINWEIS

Um nachweisen zu können, dass die auszugleichenden Kosten eines Unternehmens aus der Wahrnehmung der übertragenen Gemeinwohlverpflichtung den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens



entsprechen, ist die Einholung entsprechender Fachgutachten nötig, deren Erstellung mitunter sehr zeit- und kostenintensiv ist. Gleichzeitig bietet diese Vorgehensweise keine sichere Gewähr dafür, dass die Kommission der Einschätzung des Mitgliedstaates im Ergebnis folgt. Zudem hat die Kommission ausdrücklich darauf hingewiesen, dass angesichts der verwandten Daten, der Methodik, der Qualität, des repräsentativen Charakters sowie der Aktualität eines Gutachtens nur ein Gutachten möglicherweise nicht ausreicht, um den erforderlichen Nachweis zur Erfüllung des vierten *Altmark-Trans*-Kriteriums zu erbringen.

Mithin sind die Voraussetzungen der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung häufig nicht erfüllt und das Vorliegen einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV lässt sich nicht bereits auf dieser Grundlage ausschließen. Aufgrund der regelmäßig möglichen Lösung über den Freistellungsbeschluss 2012/21/EU<sup>33</sup> besteht aber zumeist auch keine praktische Notwendigkeit, für eine neu anstehende Betrauung die Risiken einer „*Altmark-Trans*-Lösung“ in Kauf zu nehmen.

#### PRAXISTIPP

Die *Altmark-Trans*-Lösung ist daher allenfalls dann erwägenswert, wenn

- a. besondere Freistellungstatbestände wie beispielsweise die *Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung* oder die *De-minimis-Verordnung* nicht einschlägig sind,
- b. die staatliche Ausgleichsleistung einen Betrag von 15 Millionen Euro p. a. überschreitet (= Höchstbetrag für die Befreiung von der Notifizierungspflicht nach dem Freistellungsbeschluss 2012/21/EU), und
- c. eine Notifizierung der Beihilfe gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV vermieden werden soll.

### 3. Almunia-Paket

Als Folge der Rechtsunsicherheit aus dem *Altmark-Trans-Urteil* hat die Europäische Kommission zunächst im Jahr 2005 das *Monti*-Paket und im Dezember 2011 sodann das *Almunia*-Paket erlassen. Das *Almunia*-Paket stellt aktuell den wesentlichen Rechtsrahmen für die Finanzierung von Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge außerhalb des ÖPNV<sup>34</sup> dar.

<sup>33</sup> Siehe hierzu unten S. 65 ff.

<sup>34</sup> Für den ÖPNV/SPNV gilt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1. Die VO (EG) 1370/2007 legt fest, unter welchen Voraussetzungen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes Ausgleichsleistungen für die ihnen durch die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren dürfen. Beihilfen für den ÖPNV/SPNV, die Mitgliedstaaten im Einklang mit der VO (EG) 1370/2007 gewähren, sind von der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit.

Hinweis: Die VO (EG) 1370/2007 hat eine „Zwitternatur“: Neben beihilferechtlichen stellt sie auch vergaberechtliche Anforderungen an die Beauftragung eines Unternehmens mit der Erbringung von ÖPNV/SPNV-Leistungen. Für die Umsetzung ihrer vergaberechtlichen Anforderungen (vgl. Art. 5, 8) sieht sie einen Übergangszeitraum von zehn Jahren vor, während dessen die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen müssen, um die Vorgaben zur Durchführung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge schrittweise anzuwenden. Ab dem 03. Dezember 2019 sind die Vorgaben dann zwingend einzuhalten.

### 3.1. Überblick über den Regelungsrahmen für Dawl

Rechtsakt	Fundstelle	Inhalt/Rechtsfolge	Praxisbedeutung
<i>De minimis</i> -Verordnung für Dawl <sup>35</sup>	ABl. L 114 vom 26.04.2012, S. 8	Verbindlich in allen Teilen und gilt unmittelbar und allgemein in jedem Mitgliedstaat; gesetzliche Befreiung von Beihilfeverbot/Notifizierungspflicht	Staatliche Ausgleichsleistungen von bis zu 500.000 Euro je Unternehmen in drei Steuerjahren sind keine Beihilfen und unterfallen damit nicht der Notifizierungspflicht
Freistellungsbeschluss	ABl. L 7 vom 31.01.2012, S. 3	Verbindlich in allen Teilen und gilt unmittelbar und allgemein in jedem Mitgliedstaat; gesetzliche Befreiung von Beihilfeverbot/Notifizierungspflicht	Staatliche Ausgleichszahlungen von bis zu 15 Millionen Euro sind von der Notifizierungspflicht befreit
Dawl-Rahmen	ABl. C 8 vom 31.01.2012, S. 15	Verwaltungsmitteilung; Selbstbindung der Kommission für ihre Genehmigungspraxis	Notifizierungspflicht für staatliche Ausgleichsleistungen über 15 Millionen EUR; materieller Prüfungsmaßstab, anhand dessen die Kommission über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt entscheidet
Transparenz-RL/ Transparenz-RL-Gesetz	ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17/BGBl. I S. 2141	Richtlinie, die durch Transparenz-RL-Gesetz in nationales Recht umgesetzt wurde	Pflicht bestimmter Unternehmen, die mit Dawl betraut sind, zur Vermeidung von Quersubventionen eine getrennte Buchführung zwischen Dawl-Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten einzurichten; Verstöße können als Ordnungswidrigkeit geahndet werden
Dawl-Mitteilung	ABl. C 4 vom 11.01.2012, S. 4	Unverbindlicher Rechtsakt, aber: Selbstbindung der Kommission	Erläuterung der wesentlichen beihilferechtlichen Bestimmungen für Ausgleichsleistungen für Dawl
Leitfaden der Kommission für Dawl	SWD(2013) 53 final/2	Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen; keine Selbstbindung der Kommission	Anwendungshilfe für die Mitgliedstaaten für die Vorschriften über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und Dawl

<sup>35</sup> Übersteigt die staatliche Zuwendung den in der *De minimis*-Verordnung für Dawl festgelegten Höchstbetrag, scheidet die Anwendung der Verordnung für den Gesamtbetrag – nicht also nur für den Teil, der oberhalb des zulässigen Höchstbetrags liegt – aus.

**Hinweis:** *De minimis*-Beihilfen dürfen nicht mit anderen Ausgleichsleistungen für die Kosten der Erbringung derselben Dawl kumuliert werden. Dadurch möchte die Kommission vermeiden, dass die *De minimis*-Verordnung angewandt wird, um die im *Altmark-Trans-Urteil* festgelegten Voraussetzungen zu umgehen, oder dass nach der *De minimis*-Verordnung Beihilfen gewährt werden, die aufgrund ihrer Kumulierung den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen.

### 3.2. Besondere Bedeutung für die kommunale Praxis: Freistellungsbeschluss

Die in der kommunalen Praxis wichtigste Regelung des *Almunia*-Pakets ist der unmittelbar anwendbare Freistellungsbeschluss der Kommission. Denn sofern die dort aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, darf die Kommune ihrem Unternehmen für die Erfüllung einer Daseinsvorsorge-Aufgabe eine Ausgleichszahlung von bis zu 15 Millionen Euro jährlich gewähren, ohne dass diese zuvor bei der Kommission angemeldet und von dieser genehmigt werden muss (= gesetzliche Freistellung von der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV). Das Risiko einer Rückforderung der Beihilfe – etwa wegen einer fehlerhaften Betrauung – trägt allerdings der Mitgliedstaat und damit die Kommune sowie das Unternehmen als Empfänger der Beihilfe.

Der Kostenausgleich nach dem Freistellungsbeschluss bemisst sich – im Gegensatz zur *Altmark-Trans*-Rechtsprechung, nach der der Kostenausgleich auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens begrenzt ist – an den einem Unternehmen durch die Aufgabenerfüllung *tatsächlich entstandenen* Kosten der Dawl (abzüglich der dabei erzielten Einnahmen = Nettokosten), das heißt unabhängig von der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens im Sinne eines allgemeinen Branchenstandards.

#### PRAXISTIPP

Der Mitgliedstaat kann zur Erlangung von Rechtssicherheit seine Finanzierungsmaßnahme auch dann bei der Kommission notifizieren, wenn die Maßnahme seiner Auffassung nach keine Beihilfe darstellt oder jedenfalls die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses erfüllt sind. Vorteil dieser sogenannten „No-Aid-Notifizierung“ ist, dass das Durchführungsverbot nicht gilt, das heißt die jeweilige staatliche Stelle kann die Beihilfe auch schon vor der abschließenden (positiven) Entscheidung der Kommission durchführen.

Das Risiko einer eigenen Fehleinschätzung hinsichtlich des Beihilfecharakters und des sich in diesem Fall auch bei einer No Aid-Notifizierung ergebenden Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht bleibt allerdings bestehen, lässt sich jedoch durch einen informellen Vorabkontakt mit der Kommission<sup>36</sup> reduzieren.

### III. Notifizierungsfreie Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge nach Maßgabe des Freistellungsbeschlusses

Allen vorstehend genannten Vorgaben gemeinsam ist, dass Kommunen wirtschaftliche Tätigkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge nur dann beihilferechtskonform finanzieren dürfen, wenn es sich bei den Leistungen um *besondere* Dawl handelt, mit deren Erbringung die finanzierenden Kommunen die jeweiligen Unternehmen zuvor ordnungsgemäß *betraut* haben.

Diese beiden Voraussetzungen sollen daher nachfolgend anhand des Freistellungsbeschlusses erläutert werden.

<sup>36</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 S. 21 f.

## 1. Daseinsvorsorge: Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DawI)

### 1.1. Organisationskompetenz der Kommunen

Obwohl der Begriff „DawI“ ein Begriff des Unionsrechts ist, haben die Mitgliedstaaten – in Deutschland vor allem die Kommunen als Träger der örtlichen Daseinsvorsorge – einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses an einer Leistungserbringung.

Die Kompetenz der Kommission sowie der Europäischen Gerichte (EuG, EuGH) beschränkt sich hinsichtlich der DawI auf die Untersuchung, ob eine missbräuchliche Anwendung im Einzelfall oder ein offenkundiger Beurteilungsfehler des Mitgliedstaats bei der DawI-Definition vorliegt.

#### RISIKOHINWEIS

Offenkundige Beurteilungsfehler eines Mitgliedstaates bei der Einordnung einer Tätigkeit als DawI hat die Kommission beispielsweise in folgenden Fällen angenommen: Hafendienstleistungen (Be-, Ent-, Umladung; Lagerung; Umschlag), Werbung, elektronischer Handel, Verwendung von Mehrwert-Telefonnummern für Gewinnspiele, Sponsoring, Merchandising, Tierkörperbeseitigung und Breitbandzugang, der sich ausschließlich auf Wirtschaftsparks beschränkt. Diese Tätigkeiten stellen nach Auffassung der Kommission keine DawI dar. Besondere Sorgfalt bei der Definition der DawI ist geboten, wenn andere (private) Unternehmen bereits vergleichbare Leistungen am Markt erbringen, ohne dass sie mit einer DawI betraut sind und/oder Ausgleichszahlungen erhalten. Dies kann beispielsweise im Krankenhaussektor der Fall sein. Die Kommune muss dann die besonderen Merkmale der Daseinsvorsorge-Aufgabe, die Bedingungen, die sie von den übrigen Dienstleistungen am Markt unterscheidet, sowie die Bevölkerungsgruppe, an die sie sich richtet, erläutern.

Grenzen findet der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten dort, wo das Unionsrecht Harmonisierungsvorschriften für einzelne Wirtschaftszweige bereithält und besondere, sektorspezifische Vorgaben macht, wie zum Beispiel im Telekommunikations-, Post- und Energiesektor.

Hintergrund für die Einräumung eines Gestaltungsspielraums für die Mitgliedstaaten ist unter anderem, dass sich Umfang und Organisation der DawI in den einzelnen Mitgliedstaaten erheblich voneinander unterscheiden. Das Ausmaß staatlicher Tätigkeit ist historisch und kulturell bedingt unterschiedlich ausgeprägt. Darüber hinaus verändert sich die DawI in Abhängigkeit vom jeweiligen technischen und wirtschaftlichen Fortschritt eines Mitgliedstaates. Auch die Bedürfnisse und Präferenzen der DawI-Nutzer können infolge der jeweiligen geografischen, gesellschaftlichen oder sozialen Gegebenheiten variieren.

Beruft sich ein Mitgliedstaat auf das Vorliegen und die Erforderlichkeit des Schutzes einer DawI, hat er im Gegenzug sicherzustellen, dass die Wahrnehmung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe bestimmten Mindestkriterien der Kommission und der Europäischen Gerichte genügt. Insbesondere muss der Mitgliedstaat darlegen,

- dass die Übertragung der Gemeinwohlverpflichtung auf der Grundlage eines staatlichen Hoheitsaktes erfolgt,
- dass die Aufgabe einen universalen, obligatorischen Charakter aufweist, und

- weshalb er der Auffassung ist, dass die zu finanzierende Aufgabe es aufgrund ihres besonderen Charakters verdient, als Dawl eingestuft und von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden zu werden.

Dies soll der Kommission und den Europäischen Gerichten die Kontrolle der Ermessensausübung durch den Mitgliedstaat ermöglichen.

### PRAXISTIPP

Zur Kontrolle der Effizienz der Dawl-Erbringung durch ein bestimmtes Unternehmen ist die Europäische Kommission – anders als im Rahmen des 4. *Altmark-Trans*-Kriteriums – bei einer Finanzierung auf Basis des Freistellungsbeschlusses nicht befugt.

Das EuG hat hierzu entschieden, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht verlange, dass die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung wirtschaftlich effizient sei. Eine etwaige wirtschaftliche Ineffizienz bei der Erbringung der Dawl könne keineswegs die Befugnis und das Recht eines Mitgliedstaates in Frage stellen, die Finanzierung der betreffenden Dawl zu gewährleisten. Denn Art. 106 Abs. 2 AEUV soll allein verhindern, dass dem mit der Dawl betrauten Unternehmen eine über die Nettokosten der öffentlichen Dienstleistung hinausgehende Finanzierung gewährt wird.

## 1.2. Kriterien für die Bestimmung einer Dawl

### 1.2.1. Dienstleistung

Der EU-beihilferechtliche Dienstleistungsbegriff wird weit verstanden. Er erfasst jede marktbezogene Tätigkeit von Unternehmen. Denn auch der Unternehmensbegriff des Beihilferechts setzt ein wirtschaftliches und damit marktbezogenes Handeln voraus<sup>37</sup>. Läge ein solches nicht vor, würde eine staatliche Finanzierungsmaßnahme bereits den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen und es bedürfte keiner gesonderten Ausnahme von den Wettbewerbsvorschriften, wie sie Art. 106 Abs. 2 AEUV gerade vorsieht.

Von allgemeinen Dienstleistungen unterscheiden sich Dawl dadurch, dass sie nach Auffassung des Mitgliedstaates selbst dann zu erbringen sind, wenn der Markt hierfür nicht genügend Anreize bietet, das heißt der Markt die Leistungen ohne staatlichen Eingriff gar nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalen Zugang nur zu anderen Standards bereithält. Ist ein Mitgliedstaat der Meinung, dass die Marktkräfte bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Dienstleistungen möglicherweise nur in unzureichender Weise bereitstellen, kann er konkrete Leistungsanforderungen festlegen, damit der Bedarf durch eine Dienstleistung mit Gemeinwohlverpflichtung gedeckt wird.

### 1.2.2. Allgemeines wirtschaftliches Interesse

Die Dawl ist eine Dienstleistung, die im Interesse und zum Wohle der Allgemeinheit erbracht wird (sogenannte Universaldienstgedanke).

Der Anwendungsbereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung darf gleichwohl räumlich sowie sachlich beschränkt sein und die Dienstleistung nur einer begrenzten Anzahl von Nutzern zugute-

<sup>37</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 S. 9 ff.

kommen. Der betreffende Dienst muss also nicht im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erbracht werden oder der Gesamtheit der Bevölkerung eines Mitgliedstaates dienen. Ebenso wenig ist die Erfüllung eines besonderen Unionsinteresses durch die Wahrnehmung der Aufgabe erforderlich. Ausreichend ist auch die Erfüllung des Interesses einer einzelnen Gemeinde oder eines Teils des Mitgliedstaates.

Der allgemeine Charakter einer Dienstleistung fehlt jedoch dann, wenn die Dienstleistung vornehmlich Privat- oder Partikularinteressen dient. Das allgemeine Interesse darf sich darüber hinaus nicht in einer vom Mitgliedstaat geltend gemachten Notwendigkeit erschöpfen, den jeweiligen Markt bestimmten Regeln oder die jeweilige Geschäftstätigkeit der Wirtschaftsteilnehmer einem staatlichen Erlaubnisvorbehalt – etwa in Form von gewerberechtlichen Genehmigungen – zu unterwerfen.

Im Hinblick auf das wirtschaftliche Interesse an der Dienstleistung gilt Folgendes: Das Interesse ist auch dann wirtschaftlich, wenn es nicht ausschließlich wirtschaftlicher, sondern beispielsweise sozial- oder kulturpolitischer Natur ist. Das an der Dienstleistung bestehende Interesse muss sich sogar von sonstigen wirtschaftlichen Interessen unterscheiden. Letztlich nimmt dieser Begriff damit nur Bezug auf den allgemeinen Dienstleistungscharakter der Tätigkeit. Ihm kommt keine eigenständige Bedeutung bei der Bestimmung einer Dawl zu.

#### **PRAXISTIPP**

In der europäischen Entscheidungspraxis wurden bislang unter anderem folgende Tätigkeiten als Dawl anerkannt:

Die flächendeckende Grundversorgung mit Post-, Energie- sowie Wasser- und Abwasserleistungen, die Bedienung unrentabler Bus- und/oder Schienenverbindungen im ÖPNV/SPNV, der soziale Wohnungsbau, verschiedene Sozialdienste wie Kinderbetreuung, Langzeitpflege und Arbeitsvermittlung, die Erfüllung von Aufgaben des Umweltschutzes, die Abfallentsorgung, die Gewährleistung einer Grundversorgung mit Sprachtelefonie, die Arbeitsvermittlung, das Angebot eines ausgewogenen Rundfunk- und Fernsehprogramms und der Betrieb eines öffentlichen Bades einschließlich der kostenlosen Überlassung für das Schul- und Vereinsschwimmen.

## **2. Betrauungsakt**

Die zweite zentrale Voraussetzung für die beihilferechtskonforme Finanzierung von Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge ist der Erlass eines Betrauungsakts, durch den die Kommune das jeweilige Unternehmen zur Erbringung einer Gemeinwohlaufgabe verpflichtet und in dem insbesondere die Art und Weise der Berechnung der Ausgleichsleistung transparent und nachvollziehbar geregelt ist. Zu hohe Ausgleichszahlungen an das Unternehmen sollen auf diese Weise verhindert werden.

### **2.1. Anforderungen des Freistellungsbeschlusses**

Aus einem Betrauungsakt muss nach Art. 4 des Freistellungsbeschlusses Folgendes hervorgehen:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung;
- Unternehmen und gegebenenfalls betreffendes Gebiet;
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte (insbesondere bei gleichzeitig erteilten Konzessionen);



- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen;
- Ausgleichsmechanismen und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen.

Gewährt der Mitgliedstaat einem Unternehmen auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses eine Beihilfe, muss der Betrauungsakt darüber hinaus auf den Freistellungsbeschluss Bezug nehmen, damit der Erbringer der Dawl über die rechtliche Grundlage seiner Betrauung informiert ist und die Einhaltung der Bestimmungen auch selbst überprüfen kann.

Weil das Ausmaß, in dem eine staatliche Ausgleichsmaßnahme den innergemeinschaftlichen Wettbewerb und Handel beeinträchtigt, auch von der Dauer der Betrauung abhängt, sieht der Freistellungsbeschluss eine Betrauungsdauer von höchstens zehn Jahren vor.

### PRAXISTIPP

Der im Freistellungsbeschluss vorgesehene Betrauungszeitraum von maximal zehn Jahren darf ausnahmsweise überschritten werden, wenn ein längerer Betrauungszeitraum wegen einer seitens des Dienstleistungserbringers erforderlichen erheblichen Investition (zum Beispiel im Bereich des sozialen Wohnungsbaus), die nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss, gerechtfertigt ist.

Unter Risikogesichtspunkten empfiehlt es sich, die ausnahmebegründenden Umstände für den Fall einer möglichen Überprüfung der Beihilfe durch die Kommission zu dokumentieren und zu begründen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, die Kommission im Wege eines sogenannten informellen Vorabkontaktes<sup>38</sup> über das Vorhaben und die Hintergründe zu informieren.

## 2.2. Ermittlung des zulässigen Kostenausgleichs

Ein pauschaler Ausgleich der beim beauftragten Unternehmen aufgelaufenen Verluste zum Jahresende, wie in der kommunalen Praxis teilweise noch üblich, ist beihilferechtlich unzulässig und begründet in aller Regel entsprechende Rückforderungsrisiken für Kommune und Unternehmen.

Gleichwohl erfordert die vorherige Festlegung der Kostenparameter im Betrauungsakt keine detaillierte *ex-ante*-Berechnung aller einzelnen Kostenpositionen, die aus öffentlichen Mitteln erstattet werden sollen. Der Betrauungsakt muss vielmehr nur die Grundlage für die Berechnung des Ausgleichs (zum Beispiel Preis pro Tag/Mahlzeit/Nutzer) oder eine Planungsrechnung mit den erstattungsfähigen Kostenpositionen als Grundlage für eine spätere Spitzabrechnung enthalten.

Gemäß Art. 5 und 6 des Freistellungsbeschlusses sind staatliche Ausgleichsleistungen für Dawl auf die der Dawl zurechenbaren Kosten abzüglich der Einnahmen (= Nettokosten) unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns des Unternehmens zu beschränken. Ein darüber hinausgehender Ausgleich (= Überkompensation) ist für das Funktionieren der Dawl nicht erforderlich und deshalb beihilferechtlich auch nicht erlaubt.

<sup>38</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 S. 21 f.

## 2.3. Beschränkung des Ausgleichs auf die für die Erbringung der Dawl erforderlichen Kosten

### 2.3.1. Verbot einer Überkompensation

Der Mitgliedstaat muss seine Zahlungen an das Dawl-Unternehmen mindestens alle drei Jahre sowie am Ende des festgelegten Betrauungszeitraums auf etwaige Überkompensationen überprüfen. Hierbei sind alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährten Vorteile jedweder Form (finanzielle Vorteile, Vorteile aus Dienst- und Sachleistungen et cetera) zu berücksichtigen. Neben Ausgleichszahlungen fallen hierunter etwa

- Bürgschaften,
- die unentgeltliche Überlassung von Personal und Immobilien sowie sonstigen Sachmitteln und
- der Erlass von Gebühren und Abgaben.

Stellt der Mitgliedstaat eine Überkompensation fest, muss er die Berechnungsparameter, die seiner Ausgleichszahlung zugrunde liegen, entsprechend anpassen und den überschießenden Betrag zwingend vom Unternehmen zurückfordern. Beläuft sich die Überkompensation auf lediglich maximal 10 % der jährlichen Ausgleichssumme, darf das Unternehmen die Summe behalten und auf das folgende Jahr übertragen. Damit soll den Mitgliedstaaten und Unternehmen die erforderliche Flexibilität verbleiben.

### 2.3.2. Verbot einer Quersubventionierung

Eine besondere Ausprägung des Überkompensationsverbots ist das Verbot einer Quersubventionierung. Das Risiko einer unzulässigen Quersubventionierung besteht dann, wenn Unternehmen nicht ausschließlich ausgleichsfähige Leistungen der Daseinsvorsorge, sondern darüber hinaus noch weitere, kommerziell-wettbewerbliche Tätigkeiten ausüben. Staatliche Ausgleichsleistungen für kommerziell-wettbewerbliche Tätigkeiten sind nicht von den Privilegierungsvorschriften für Dawl umfasst.

### 2.3.3. Einführung einer Trennungsrechnung

Um zu gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten einem Unternehmen nur die der Daseinsvorsorge-Aufgabe zurechenbaren Kosten ausgleichen, müssen diese sich zweifelsfrei identifizieren lassen. Das Unternehmen hat daher getrennte Konten für die Dawl-Tätigkeiten einerseits und die kommerziell-wettbewerblichen Tätigkeiten andererseits zu führen (sogenannte Trennungsrechnung).

#### PRAXISTIPP

Nach dem Dawl-Rahmen muss das begünstigte Unternehmen auch dann eine Trennungsrechnung führen, wenn es neben einer Dawl zwar keine kommerziell-wettbewerbliche Tätigkeit ausübt, aber mit der Erbringung mehrerer Dawl betraut ist, weil es sich zum Beispiel um unterschiedliche Bewilligungsbehörden oder unterschiedliche Dawl handelt. In diesem Fall muss sich für jede Dawl anhand der Buchführung einzeln überprüfen lassen, ob eventuell eine unzulässige Überkompensation der jeweiligen Dawl vorliegt.

Im Zuge der Trennungsrechnung sind alle Kosten und Einnahmen der verschiedenen Tätigkeiten den jeweiligen Geschäftsbereichen nach objektiv gerechtfertigten und einheitlich angewandten Kostenrechnungsgrundsätzen zuzuordnen. Die zugrunde gelegten Kostenrechnungsgrundsätze müssen eindeutig bestimmt sein. Über die Zuordnung der Kosten und Einnahmen zu den jeweiligen Geschäftsbereichen und über die dabei angewandten Kostenrechnungsgrundsätze, insbesondere

über die Maßstäbe für die Schlüsselung solcher Kosten und Einnahmen, die auf mehrere Geschäftsbereiche entfallen, hat das Unternehmen Aufzeichnungen zu führen.

### **RISIKOHINWEIS**

Beihilferechtlich kann ein Verstoß gegen die Trennungsrechnung, das heißt wenn sich die ausgleichsfähigen Kosten nicht zweifelsfrei ermitteln lassen, zu einer beihilferechtswidrigen und damit rückforderungsfähigen Überkompensation führen. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Ausgleichszahlung insgesamt zurückzufordern ist und nicht etwa nur der „überschießende“ Teil, weil dieser mangels Trennungsrechnung gerade nicht zuverlässig ermittelt werden kann.

Für Unternehmen, die in den letzten beiden abgeschlossenen Geschäftsjahren jeweils einen Umsatzerlös von mindestens 40 Millionen Euro erzielt haben, handelt es sich bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur getrennten Kontenführung überdies um eine Ordnungswidrigkeit nach § 3 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 Transparenz-RL-Gesetz, die mit Geldbuße von bis zu 20.000 Euro geahndet werden kann und gegebenenfalls zu einer Berichtspflicht des Abschlussprüfers nach § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB führen kann. Darüber hinaus kommt für den Fall, dass das Unternehmen aufgrund der Rückforderung einen über diese hinaus gehenden Schaden – etwa in Form von Zinszahlungen – erleidet, eine persönliche Haftung der Geschäftsführung nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht.<sup>39</sup>

## **3. Umsetzung im nationalen Recht**

### **3.1. Umsetzungserfordernis**

In der kommunalen Praxis wird gelegentlich übersehen, dass es sich beim „Betrauungsakt“ um einen Begriff und eine Vorgabe des Unionsrechts handelt, der zu seiner Wirksamkeit einer Umsetzung in die entsprechenden Handlungsformen des nationalen Rechts – in Deutschland also des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts – bedarf.

Keinesfalls genügt es daher, in einem Dokument nur die eben genannten Vorgaben des Freistellungsbeschlusses zu wiederholen und dieses Dokument sodann als „Betrauungsakt“ zu bezeichnen. Denn in diesem Fall ist unklar, als welche Art Rechtsakt nach nationalem Recht (zum Beispiel Vertrag, Verwaltungsakt) das Dokument einzuordnen ist. Infolgedessen fehlt es regelmäßig an der Rechtsverbindlichkeit und es werden Verfahrensvorschriften wie Zuständigkeit, Beteiligungs- und Anhörungsbestimmungen sowie Begründungs- und Belehrungspflichten missachtet.

### **3.2. Erfordernis eines rechtsverbindlichen Rechtsakts**

Die erste Frage, die es bei einer Betrauung demzufolge regelmäßig zu beantworten gilt, ist die nach dem passenden Rechtsakt (Vertrag, Verwaltungsakt, Satzung und so weiter).

Nach Auffassung der Kommission gibt es keinen „Standard-Betrauungsakt“. Die Form des Umsetzungsakts (Rechts- oder Verwaltungsakt) darf der jeweilige Mitgliedstaat selbst bestimmen. Sie richtet sich insbesondere nach dessen politischer Struktur und administrativer Organisation. Welche Rechtsform gewählt wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles sowie insbesondere von beihilferechtlichen und steuerrechtlichen Erwägungen ab.

<sup>39</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 S. 26, Kapitel 7 S. 126 f.

Dabei ist es wie ausgeführt weder ausreichend noch erforderlich, dass der Umsetzungsakt den Titel „Betrauungsakt“ trägt. Vielmehr kommt es darauf an, dass der Umsetzungsakt rechtsverbindlich ist und die Vorgaben des Freistellungsbeschlusses erfüllt. Denn der Umsetzungsakt stellt die rechtliche Grundlage sowohl für die Wahrnehmung der ursprünglich staatlichen Aufgabe als auch für den Ausgleich des Staates hierfür dar. Die Verwendung des Begriffs „Betrauungsakt“ ist aber empfehlenswert, zumal der Freistellungsbeschluss als unionsrechtlicher Bezugspunkt ohnehin im jeweiligen Rechtsakt zur Betrauung angegeben werden muss.

Nach Auffassung der Kommission eignen sich unter anderem folgende Rechtsakte als Betrauungsakte:

- Konzessionsverträge,
- öffentliche Dienstleistungsaufträge,
- ministeriale Anweisungen,
- Gesetze und Verordnungen,
- jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge und
- Rechtsverordnungen.<sup>40</sup>

Einem Beschluss der Gemeindevertretung (in anderen Bundesländern auch „Ratsbeschluss“ genannt) fehlt es bereits an der für eine Betrauung erforderlichen Rechtsverbindlichkeit, weil diesem Beschluss keine Rechtswirkung nach außen zukommt. Darüber hinaus wird die Kommune – mit Ausnahme des Beschlusses über Satzungen und den Haushalt – vom Gemeindevorstand, nicht also von der Gemeindevertretung rechtlich vertreten, vgl. § 71 Abs. 1 Satz 1 Hessische Gemeindeordnung.

### RISIKOHINWEIS

Nach Auffassung der Kommission genügen Gesellschaftsverträge, Aufsichtsrats- und Kabinettsbeschlüsse sowie Geschäftsplanungen den Anforderungen an eine rechtsverbindliche Betrauung grundsätzlich nicht. Denn zum Einen können Akte, die vom Begünstigten selbst ausgehen, nicht zugleich als Betrauung ebendieses Begünstigten angesehen werden. Zum Anderen fehle es in diesen Fällen regelmäßig an der Rechtsverbindlichkeit der Regelungen zum Finanzierungsmechanismus, an Parametern zur Berechnung des Ausgleichs und Vorkehrungen zur Vermeidung/Rückforderung etwaiger Überkompensationen des Unternehmens.

Eine vertragliche Vereinbarung eignet sich aufgrund ihrer Flexibilität und der möglichen detaillierten Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten grundsätzlich sehr gut zur Umsetzung einer beihilferechtlichen Betrauung. Allerdings können vergabe- und steuerrechtliche Vorgaben einer Betrauung durch Vertrag bei Abwägung aller praktischen und rechtlichen Aspekte entgegenstehen. Denn zum Einen müssen öffentliche Aufträge ab einem bestimmten Auftragswert grundsätzlich europaweit ausgeschrieben und in einem formalisierten Verfahren vergeben werden. Die Vergabeentscheidung können Bewerber bzw. Bieter sodann gerichtlich überprüfen lassen. Zum Anderen sind vertragliche Vereinbarungen regelmäßig als steuerbarer Leistungsaustausch i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) zu beurteilen. Dies hat zur Folge, dass die betrauende Kommune zusätzlich zu der

<sup>40</sup> Siehe dazu Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013)53.

vertraglich vereinbarten Vergütung für das Unternehmen Umsatzsteuer zahlen muss. Mangels Vorsteuerabzugsberechtigung versteuert dies die Leistung für die Kommune häufig auch real.

### 3.3. Umsetzungsempfehlung: Betrauung durch Verwaltungsakt in Form eines Zuwendungsbescheids

Die wohl praktikabelste Lösung für eine rechtsverbindliche Umsetzung der beihilferechtlich gebotenen Betrauung ist angesichts der umsatzsteuer- und vergaberechtlichen Restriktionen der Erlass eines Zuwendungsbescheides (= Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HVwVfG)). Auch die Kommission hat erkennen lassen, dass sie einer Einbettung des Betrauungsakts in das allgemeingültige und weitgehend durchnormierte Zuwendungsrecht positiv gegenübersteht.

#### RISIKOHINWEIS

Zu beachten ist, dass allein die Bezeichnung eines Rechtsakts als Zuwendungsbescheid diesen nicht zu einem Bescheid und damit zu einem Verwaltungsakt im Sinne des § 35 HVwVfG macht. Denn entscheidend für die rechtliche Einordnung eines Rechtsakts als Bescheid/Verwaltungsakt ist nicht dessen äußere Bezeichnung, sondern allein seine Rechtsnatur, die sich insbesondere nach dem objektiven Erklärungswert des Rechtsakts aus Sicht des Empfängerhorizontes entsprechend §§ 133, 157 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) bestimmt.

Im Zuwendungsrecht korrespondieren Gegenstand und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung mit dem Zuwendungszweck sowie dem Bewilligungszeitraum des Zuwendungsbescheids.

Das Unternehmen und das betreffende Gebiet, in dem die Dawl zu erbringen ist, ergeben sich im Zuwendungsrecht durch den Adressaten des Bescheids (= Zuwendungsempfänger) und die Grenzen des Gemeindegebiets der betrauenden Kommune. Außerhalb ihres Gemeindegebiets fehlen einer Kommune die Gebietshoheit und damit die Regelungskompetenz für die Aufgabenerfüllung. Bei interkommunalen Projekten ergibt sich die Kompetenz der Kommune aus einem entsprechenden Organisationsakt. Alternativ können mehrere Betrauungen eines Unternehmens durch verschiedene Kommunen erfolgen.

Des Weiteren macht das Zuwendungsrecht selbst Vorgaben zum Verwendungsnachweis und zur Rückforderung der Zuwendung bei Auflagenverstößen des Zuwendungsempfängers, deren Einhaltung regelmäßig auch die beihilferechtlichen Vorgaben zur Vermeidung bzw. etwaigen Rückforderung von Überkompensationszahlungen erfüllt.

Eine zuwendungsrechtliche Rückforderungspflicht für die Kommune besteht beispielsweise

- wenn das Unternehmen im Rahmen seiner Dawl-Aufgaben abweichend vom vorgelegten Wirtschaftsplan höhere Einnahmen erzielt oder geringere Ausgaben tätigt, das heißt insgesamt einen geringeren Zuschussbedarf (Fehlbedarf) aufweist (vgl. Ziffer 8.2.1 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 Hessische Landeshaushaltsordnung);
- wenn das Unternehmen die Fördermittel für einen anderen als den im Zuwendungsbescheid vorgesehen (Dawl-) Zuwendungszweck verwendet (vgl. § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HVwVfG).

Im Hinblick auf die erforderlichen Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichsleistung bietet sich zuwendungsrechtlich das Institut der institutionellen Förderung im Wege der Fehlbedarfsfinanzierung an. Der Fehlbedarf wird dabei anhand des dem Zuwen-

dungsantrag zwingend beizufügenden Wirtschaftsplans des Unternehmens errechnet, welcher insbesondere alle zu erwartenden Einnahmen und voraussichtlich zu leistenden Ausgaben enthalten muss und verbindlich ist.

#### 4. Rechtsfolgen bei fehlerhaften Betrauungsakten

Die Vorgaben des Freistellungsbeschlusses sind keine bloßen Soll-Vorschriften, sondern unmittelbar anwendbare Vorgaben des Unionsrechts, die von deutschen Verwaltungsbehörden gemäß Art. 20 Abs. 3 GG wie ein nationales Gesetz zu beachten sind.

Möchte der Mitgliedstaat daher in den Genuss einer Freistellung der Beihilfe von der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV kommen, muss er im Gegenzug die von der Kommission aufgestellten Bedingungen hierfür erfüllen. Denn ohne Einhaltung der Vorgaben des Freistellungsbeschlusses, die insbesondere einen hinreichenden Grad an Transparenz verlangen, ist es weder dem Mitgliedstaat möglich, die Höhe seiner Ausgleichsleistung für die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe ordnungsgemäß zu berechnen, noch kann die Kommission diese im Nachhinein überprüfen.

Dies bedeutet auch: Sofern die Voraussetzungen für die Anwendung des Freistellungsbeschlusses zu einem bestimmten Zeitpunkt der Betrauung nicht mehr erfüllt sind, muss der Mitgliedstaat die Beihilfe bei der Kommission notifizieren.

##### RISIKOHINWEIS

Nur wenn alle Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses erfüllt sind, kann der Mitgliedstaat rechtssicher davon ausgehen, dass seine Beihilfe von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit ist und er folglich auf diese verzichten kann, ohne gleichzeitig einem Rückforderungsrisiko zu unterliegen. Dies gilt insbesondere für die Voraussetzungen des Art. 4 Freistellungsbeschluss.

Verstößt ein Mitgliedstaat gegen die Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV, obwohl er die Vorgaben des Freistellungsbeschlusses nicht einhält, gelten die allgemeinen, in Kapitel 1 ausführlich erläuterten Grundsätze:

Die Kommission überprüft – entweder nach Eingang einer Wettbewerberbeschwerde oder durch eigene Kenntniserlangung von der Beihilfe – anhand des Dawl-Rahmens sodann materiell-rechtlich, ob die staatliche Maßnahme genehmigungsfähig, das heißt mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Im Dawl-Rahmen stellt die Kommission Voraussetzungen auf, unter Einhaltung derer staatliche Beihilfen als gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten. Zwingende Voraussetzung ist auch hier ein ordnungsgemäßer, rechtsverbindlicher Betrauungsakt. Ist die Maßnahme nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, erlässt die Kommission eine Rückforderungsanordnung gegenüber dem Mitgliedstaat.

Parallel dazu können Wettbewerber des begünstigten Unternehmens vor nationalen Gerichten u. a. auf Rückabwicklung der Beihilfe klagen. Denn die beihilferechtliche Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB. Wettbewerber können daher die Nichtigkeit beihilfebelasteter Maßnahmen geltend machen und ihre Rückabwicklung verlangen. Eine materielle Vereinbarkeitsprüfung nimmt das nationale Gericht dabei nicht vor – hierzu ist allein die Kommission befugt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass allein die formelle Rechtswidrigkeit der Beihilfe



infolge des Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht, unabhängig von ihrer etwaigen materiellen Rechtmäßigkeit und infolgedessen Genehmigungsfähigkeit, grundsätzlich zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Rechtsakts – etwa eines Vertrages – führt.

Neben der Rückabwicklung können Wettbewerber auch Auskunfts-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gerichtlich geltend machen. Der Bundesgerichtshof hat Art. 108 Abs. 3 AEUV in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2011 als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB und als Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG anerkannt.

## **IV. Steuerliche Aspekte einer DawI-Betrachtung**

### **1. Umsatzsteuer**

#### **1.1. Einleitung**

Im Rahmen einer Betrachtung besteht die Gefahr, dass angesichts der Formulierung des Betrachtungsakts (hinreichende Konkretisierung der Gemeinwohlverpflichtung, vgl. Art. 4 Freistellungsbeschluss) ein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch zwischen der Kommune und ihrem betrauten Unternehmen begründet wird. Dies hätte eine Umsatzsteuerbelastung auf Ebene des betrauten Unternehmens zur Folge.

Die möglichen umsatzsteuerlichen Risiken eines beihilferechtlichen Betrachtungsakts haben in den vergangenen Jahren zu erheblicher Verunsicherung auf kommunaler Ebene gesorgt. Die Bedeutung, die der Thematik dabei auch von Beraterseite in vielen Fällen beigemessen wird, steht jedoch außer Verhältnis zu den tatsächlichen steuerlichen Risiken. Bislang ist kein Fall bekannt, in dem eine Betriebsprüfung eine auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen beihilferechtlichen Betrachtungsakts seitens der Gesellschafterkommune geleistete Ausgleichszahlung als umsatzsteuerbares Leistungsentgelt eingestuft hat. Demgegenüber haben zahlreiche Finanzämter solche Ausgleichszahlungen im Rahmen verbindlicher Auskünfte als nicht-umsatzsteuerbaren echten Zuschuss eingestuft.

Steuerrechtliche Fragen sollten daher ihrer praktischen Bedeutung entsprechend behandelt werden, sind – wie ausgeführt – bei sorgfältiger Ausarbeitung des Betrachtungsakts jedoch kein unüberwindliches Hindernis.

#### **1.2. Abgrenzung „echter Zuschuss“ – Leistungsentgelt**

Entscheidend für die Umsatzsteuerbarkeit einer beihilferechtlichen Ausgleichszahlung für Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge ist die Einordnung als nicht steuerbarer, sogenannter „echter Zuschuss“ oder als steuerbares Leistungsentgelt:

- Ein nicht steuerbarer echter Zuschuss liegt vor, wenn der Empfänger die Ausgleichsleistung lediglich erhält, um ganz allgemein in die Lage versetzt zu werden, überhaupt tätig zu werden oder seine ihm nach dem Gesellschaftszweck obliegenden Aufgaben zu erfüllen. Die staatliche Stelle muss dem bezuschussten Unternehmen die Förderung daher vorrangig aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen gewähren.
- Um ein steuerbares Entgelt für die Erbringung einer Leistung handelt es sich dagegen dann, wenn zwischen Zuschuss und Leistung eine unmittelbare innere Verknüpfung besteht, das heißt der Zahlungsempfänger seine Leistung erkennbar um der Gegenleistung Willen erbringt und der Zahlende einen Gegenstand oder anderen Vorteil im Sinne eines Kostenfaktors erhält, auf Grund dessen er als Empfänger einer Lieferung oder sonstigen Leistung anzusehen ist.

Zuwendungen aus öffentlichen Kassen, die ausschließlich auf der Grundlage des Haushaltsrechts und der dazu ergangenen Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) bzw. zur institutionellen Förderung (ANBest-I) durch einen Betrauungsakt in Form eines Zuwendungsbescheids vergeben werden, sind nach einem BMF-Schreiben vom 15.08.2006 in der Regel nicht steuerbare echte Zuschüsse.<sup>41</sup> Denn die in den ANBest-P bzw. ANBest-I normierten Auflagen reichen für die Annahme eines (steuerbaren) Leistungsaustauschverhältnisses nicht aus.

Zur Erfüllung der beihilferechtlichen Vorgaben wird jedoch regelmäßig die Aufnahme besonderer Nebenbestimmungen in den Zuwendungsbescheid – etwa zur Trennungsrechnung – erforderlich sein. In diesem Fall bedarf es nach dem eben erwähnten BMF-Schreiben der Prüfung im Einzelfall, ob aufgrund zusätzlicher Bedingungen oder Auflagen oder sonstiger Umstände ein steuerbarer Leistungsaustausch begründet wird.

#### 1.2.1. Sorgfältige Formulierung des Zuwendungszwecks

Insbesondere bei der Formulierung des Zuwendungszwecks im Förderbescheid ist ein Ausgleich zwischen der beihilferechtlich erforderlichen Konkretisierung der Dawl-Verpflichtungen einerseits und dem umsatzsteuerlich im Hinblick auf die Vermeidung einer konkreten Leistungspflicht gebotenen Allgemeinbezug andererseits zu finden.

In der Praxis lässt sich dies dadurch erreichen, dass im Zuwendungszweck die Förderung der Tätigkeit des Zuwendungsempfängers als solcher zum Wohle der Allgemeinheit – etwa allgemein die Vorphaltung eines Schwimmbads – in den Vordergrund gestellt wird. Ergänzend kann dabei auf den Satzungszweck des kommunalen Unternehmens Bezug genommen werden. Eine Förderung zum Wohle der Allgemeinheit liegt allerdings dann nicht vor, wenn der Zuwendungsempfänger eine dem Zuwendungsgeber obliegende Pflichtaufgabe – etwa der Abwasserbeseitigung – erfüllt.

Die einzelnen Dawl-Pflichten, die mit Blick auf die Festlegung der Kostenparameter zu konkretisieren sind, können in den einzelnen Positionen des Wirtschaftsplans abgebildet werden. Der Wirtschaftsplan, der auch den beihilferechtlich ausgleichsfähigen vorkalkulierten Jahresverlust des Unternehmens ausweist, ist dem Antrag auf Zuwendung als verbindliche Anlage beizufügen.

#### 1.2.2. Einholung einer verbindlichen Auskunft

Zur Vermeidung unnötiger umsatzsteuerlicher Risiken und gegebenenfalls auch einer Umsatzsteuerrückstellung empfiehlt sich eine verbindliche Abstimmung des Betrauungsakts im Einzelfall mit den zuständigen Finanzbehörden.

Wichtig ist dabei, dass die verbindliche Auskunft im Sinne von § 89 Abs. 2 Abgabenordnung (AO) vor der Betrauung eingeholt wird, weil sich die verbindliche Auskunft stets auf einen genau bestimmten, aber noch nicht verwirklichten Sachverhalt bezieht. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage, ob der Sachverhalt schon verwirklicht ist, ist der Zeitpunkt der Erteilung der verbindlichen Auskunft. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte die Kommune die Betrauung daher nicht vornehmen. Andernfalls fehlt es an dem für eine verbindliche Auskunft erforderlichen besonderen Interesse des Steuerpflichtigen an den steuerlichen Auswirkungen seiner geplanten Maßnahme.

---

<sup>41</sup> BMF, Schreiben v. 15.8.2006, IV A 5 – S 7200 – 59/06.

## PRAXISTIPP

Das Problem der Umsatzsteuerbarkeit von Ausgleichszahlungen auf der Grundlage von Betrauungsakten ist im Ausgangspunkt keine Frage der Rechtsform der Betrauung (Zuwendungsbescheid, Vertrag, Gesellschaftsbeschluss), sondern resultiert daraus, dass aufgrund beihilferechtlicher Vorgaben überhaupt ein Betrauungsakt erforderlich ist.

Die Rechtsform des Betrauungsakts hat daher nur eine Erhöhung oder Reduzierung/Minimierung des umsatzsteuerlichen Risikos zur Folge. Insofern ist für eine Umsetzung des beihilferechtlichen Betrauungsaktes durch einen verwaltungsrechtlichen Zuwendungsbescheid von Bedeutung, dass die Finanzverwaltung in zahlreichen Bundesländern (unter anderem Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Niedersachsen) und unterschiedlichen Sektoren (unter anderem Flughäfen, Messen, Wirtschaftsförderung) verbindliche Auskünfte im Sinne von § 89 Abs. 2 AO erteilt hat, in denen sie die auf dem Bescheid basierenden kommunalen Zuwendungen als umsatzsteuerfreie „echte Zuschüsse“ qualifiziert.

## 2. Ertragsteuer

Die beihilferechtliche Betrauung eines kommunalen Unternehmens der Daseinsvorsorge im Wege eines Zuwendungsbescheids hat zudem ertragsteuerliche Bedeutung, weil sie die Einstufung eines kommunalen Unternehmens als strukturell dauerdefizitären Betrieb gewerblicher Art (BgA) bzw. als entsprechende Kapitalgesellschaft begründet. Dauerverlustgeschäfte ohne Verlustausgleich werden nach Auffassung des BFH im Interesse des Gesellschafters der Eigengesellschaft unterhalten. In Höhe des Verlustes kommt es deshalb zu einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA), das heißt der Verlust wird ertragsteuerlich nicht anerkannt und auf der Ebene des Gesellschafters kann Kapitalertragsteuer anfallen. Für die Bemessung der verdeckten Gewinnausschüttung ist grundsätzlich der steuerliche Verlust aus dem Geschäft maßgeblich.

Mit dem Jahressteuergesetz 2009<sup>42</sup> hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen einer vGA für begünstigte Dauerverlustgeschäfte der kommunalen Daseinsvorsorge ausgeschlossen, § 8 Abs. 7 Satz 1 KStG. Ein begünstigtes Dauerverlustgeschäft liegt nach Auffassung des Gesetzgebers vor, soweit aus verkehrs-, umwelt-, sozial-, kultur-, bildungs- oder gesundheitspolitischen Gründen eine wirtschaftliche Betätigung ohne kostendeckendes Entgelt unterhalten wird oder – speziell bei kommunalen Kapitalgesellschaften – das Geschäft Ausfluss einer Tätigkeit ist, die bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu einem Hoheitsbetrieb gehört (vgl. § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG).

## PRAXISTIPP

*Begünstigte Dauerverlustgeschäfte* sind zum Beispiel der öffentliche Nahverkehr, Flughafenbetriebe, Parkraumbewirtschaftung, Hafen- und Fährbetriebe, Gewerbeabfallsorgung, Bibliotheken, Zoologische Gärten, Museen, kulturelle Ausstellungen, Kinos, Opern, Theater, Bühnen, Orchester, Schulen, Kurstätigkeiten von Kammern oder Volkshochschulen, Krankenhäuser, Bäder, Kuranlagen, Sportanlagen, Kindergärten, Tageseinrichtungen für Kinder, Einrichtungen der Jugend- und Erwachsenenhilfe und Senioreneinrichtungen.

*Nicht begünstigte Dauerverlustgeschäfte* sind zum Beispiel Beherbergungsbetriebe und Wirtschaftsförderung.

<sup>42</sup> Gesetz vom 19.12.2008 (BGBl. I S. 2794).

Bei nicht begünstigten Dauerverlustgeschäften spricht vieles dafür, dass sich die Rechtsfolge der vGA durch Erlass eines rechtsverbindlichen Betrauungsakts beseitigen lässt, wenn das Unternehmen hierdurch eine öffentlich-rechtliche Forderung erwirbt und damit ein Rechtsgrund für die Zahlung der Kommune besteht. Die als sonstiger Ertrag in der Gewinn- und Verlustrechnung zu buchende Zahlung lässt damit regelmäßig die dauerdefizitäre Struktur und damit die Voraussetzung für die Annahme einer vGA entfallen.

In Abhängigkeit wiederum von der Abstimmung mit der Finanzverwaltung kann es erforderlich sein, in der Ausgleichszahlung auch eine – beihilferechtlich erlaubte – geringe Gewinnmarge einzukalkulieren. Denn bei strenger Anwendung der vGA-Grundsätze würde ein ordentlicher Kaufmann die betraute Dawl wohl nicht gegen bloße Kostenerstattung, sondern nur gegen eine zusätzliche geringere Gewinnmarge übernehmen, weil andernfalls sein unternehmerisches Wagnis nicht gedeckt ist.

### RISIKOHINWEIS

Im steuerbegünstigten steuerlichen Querverbund (§ 4 Abs. 6; § 8 Abs. 7-9; § 15 KStG) dürfte der Erwerb einer Forderung gegen die Kommune infolge der rechtsverbindlichen Betrauung dagegen tendenziell negative „Nebenwirkungen“ haben, weil sie den Verlust des Unternehmens mindert, der dann nicht mehr für die steuerreduzierende Verrechnung mit Gewinnen anderer Sparten/Konzerngesellschaften zur Verfügung steht. Allerdings weist der steuerliche Querverbund nach seiner Konzeption zwei beihilferechtliche Risiken auf, die es dagegen abzuwägen gilt:

Zum Einen gehen die Finanzgerichte teilweise davon aus, dass § 4 Abs. 6; § 8 Abs. 7-9; § 15 KStG eine unzulässige Beihilfe darstellen, weil sie durch eine Ausnahme vom allgemeinen Steuersystem – Annahme einer vGA – bestimmte Unternehmen der Daseinsvorsorge steuerlich begünstigen.

Zum Anderen setzt der steuerliche Querverbund zwischen zwei Kapitalgesellschaften einen Ergebnisabführungsvertrag (EAV) zwischen Holding-Gesellschaft und dem die Daseinsvorsorge-Aufgabe erfüllenden Defizitunternehmen (Verkehrsunternehmen, Bäderbetrieb) voraus. Durch diesen EAV erhält das Defizitunternehmen – gesellschaftsrechtlich zwingend, § 302 Abs. 1 AktG – *sämtliche* Verluste ausgeglichen, ohne dass danach unterschieden werden kann, ob die Verluste auch tatsächlich durch die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge entstanden sind. Ist dies nicht der Fall, das heißt gleicht der EAV auch Verluste aus wettbewerblichen Tätigkeiten – etwa Werkstattleistungen für Dritte – aus, stellt dies regelmäßig einen rückforderungsbewehrten Verstoß gegen das beihilferechtliche Verbot der Überkompensation dar.



## Kapitel 5

Darlehen und Bürgschaften  
zugunsten kommunaler  
Unternehmen



## Kapitel 5

### Darlehen und Bürgschaften zugunsten kommunaler Unternehmen

*Mariola Drzisla, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen*

*Dr. Carsten Jennert, LL.M. und Dr. Armin Huhn, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

#### I. Ausgangslage

Der Erhalt von Darlehen, etwa zur Finanzierung von Investitionsprojekten im Zusammenhang mit der Energiewende, des Rückkaufs von Strom- und Gasnetzen oder von Fahrzeugen und Ausbauprojekten im öffentlichen Nahverkehr, ist für Stadtwerke, Verkehrsunternehmen und andere kommunale Beteiligungsgesellschaften in den vergangenen Jahren schwieriger geworden. Die Kreditinstitute vergeben Kredite an kommunale Unternehmen deutlich restriktiver als noch vor einigen Jahren und ziehen sich teilweise sogar vollständig aus dem kommunalnahen Kreditgeschäft zurück.

Grund für diese restriktivere Haltung sind in erster Linie die gestiegenen Eigenkapitalanforderungen und die Einführung einer risikounabhängigen Verschuldungsobergrenze im Rahmen der Umsetzung von Basel III in europäisches Recht seit Juni 2013. Hinzu kommen ein gestiegenes Risikobewusstsein als Nachwirkung der Finanzkrise, die geringen Margen im kommunalnahen Geschäft und das mögliche „Klumpenrisiko“ infolge der angespannten Haushaltslage vieler Kommunen, das heißt eine Häufung von Ausfallrisiken mit ähnlichen oder identischen (Kreditnehmer, Branchen, Regionen), die die Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts erreichen oder übersteigen.

Soweit die Kreditinstitute oder Konsortien Kredite an öffentliche Unternehmen vergeben, prüfen sie deren Zahlungsfähigkeit (Bonität) und die Kreditbesicherung erheblich intensiver als vor einigen Jahren und treffen umfangreichere vertragliche Regelungen zur Absicherung der gewährten Mittel. Vor diesem Hintergrund ist es fast schon zwangsläufig, dass auch beihilferechtliche Risiken der kommunalen Unternehmen von den Kreditinstituten stärker in den Blick genommen werden.

Denn sowohl ein Ergebnisabführungsvertrag in Kombination mit der Privilegierung des steuerlichen Querverbands als auch ein öffentlich-rechtlicher Zahlungsanspruch aus einem beihilferechtlichen Betrauungsakt in Form eines Zuwendungsbescheids oder eine kommunale Ausfallbürgschaft können positiven Einfluss auf die Bonitätsrechnung des Kreditinstituts haben. Die positiven Effekte können aber nur eintreten, wenn die jeweiligen Finanzierungsmaßnahmen auch den Anforderungen des EU-Beihilferechts genügen. Denn ein Verstoß der Finanzierungsmaßnahmen gegen das Beihilferecht kann zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Rechtsaktes (zum Beispiel Ergebnisabführungsvertrag, Bürgschaft, Darlehen) und zur verzinslichen Rückzahlungspflicht des Beihilfeempfängers führen.

Konsequenz dieser gestiegenen Bedeutung des EU-Beihilferechts ist häufig, dass Kreditinstitute gutachterliche Stellungnahmen und/oder sogenannte Legal Opinions zu bestimmten beihilferechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einer anstehenden Finanzierungsmaßnahme oder bestimmte Zusicherungen des Darlehensnehmers in den Darlehensverträgen (sogenannte Covenants) verlangen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Konsortialkredite handelt, bei denen Teile der Kreditforderung weiterveräußert („syndiziert“) werden, weil in diesen Fällen regelmäßig bestimmte umfangreiche Vertragsstandards zur Anwendung kommen.



## PRAXISTIPP

Die Prüfung EU-beihilferechtlicher Sachverhalte ist zeitintensiv und bei der von den Kreditinstituten regelmäßig geforderten Hinzuziehung externer Experten häufig auch mit erheblichen Kosten verbunden. Aus diesem Grund sollte im Falle einer Konsortialkreditfinanzierung mit den Kreditinstituten vor Unterzeichnung des Term Sheets verbindlich und abschließend geregelt werden, welche Fragestellungen in welcher Form (Gutachten, Legal Opinion) abgehandelt werden sollen. Auf diese Weise vermeidet es das kommunale Unternehmen, dass die Kreditinstitute mögliche beihilferechtliche Risiken im Verlauf der Kreditvertragsverhandlungen als „Verhandlungsmasse“ verwenden.

Nachfolgend werden zunächst die beihilferechtlichen Aspekte der *kommunalen Ausfallbürgschaft* als gängigste Form der Besicherung der Finanzierung kommunaler Unternehmen sowie des *Kommunaldarlehens* erläutert. Daran anschließend wird der so genannte *Private-Investor-Test* vorgestellt, anhand dessen die Beihilferelevanz von Kapitalmaßnahmen zugunsten öffentlicher Unternehmen zu beurteilen ist.

Die aus Perspektive der Kreditinstitute ebenfalls relevanten beihilferechtlichen Problemstellungen im Zusammenhang mit Ergebnisabführungsverträgen, dem steuerlichen Querverbund sowie der Betrauungsakt werden in Kapitel 4 erläutert.

## II. Möglichkeiten zur beihilferechtskonformen Gewährung einer Kommunalbürgschaft ohne vorherige Notifizierung

Die kommunale Ausfallbürgschaft („**Kommunalbürgschaft**“) ist ein klassisches Instrument zur Besicherung von Finanzierungen kommunaler Unternehmen. Kreditinstitute gewähren den Darlehensnehmern in der Regel günstigere Kreditkonditionen, sofern das Darlehen durch eine Kommunalbürgschaft abgesichert wird (so genannte Kommunalkreditkonditionen). Darüber hinaus erhalten infolge der kommunalen Bürgschaft auch solche Unternehmen Kredite, denen die Refinanzierung am freien Kreditmarkt auf Grund ihrer schlechten wirtschaftlichen Lage andernfalls schwer fallen würde.

Im Falle der Gewährung einer Kommunalbürgschaft entsteht ein so genanntes Drei-Personen-Verhältnis:

- Zwischen dem kommunalen Unternehmen als Darlehensnehmer (Hauptschuldner) und dem Kreditinstitut als Darlehensgeber besteht ein **Darlehensvertrag** (§§ 488 ff. BGB).
- Bürge ist die Kommune. Sie schließt mit dem Darlehensgeber einen **Bürgschaftsvertrag** (§§ 765 ff. BGB). Die Bürgschaft dient als Kreditsicherheit für das Kommunaldarlehen.
- Zwischen der Kommune als Bürge und dem kommunalen Unternehmen besteht in der Regel ein **Geschäftsbesorgungsvertrag** (§§ 675 ff. BGB), Auftrag (§§ 662 ff. BGB) oder Kreditauftrag (§ 778 BGB). Dieses Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner wird auch das Avalverhältnis genannt.

Die beihilferechtliche Relevanz der Kommunalbürgschaft entsteht nicht erst im Bürgschaftsfall, wenn die Kommune für einen Teil der Darlehensschuld eintreten muss, sondern bereits bei Ausreichung der Bürgschaft. Denn zum einen können die Konditionen der Kommunalbürgschaft im Vergleich zu einer Bürgschaft eines Kreditinstitutes dem Kreditnehmer einen marktunüblichen Vorteil gewähren, zum Beispiel durch eine zu geringe Avalprovision. Zum anderen kann die Kommunalbürgschaft ausschlaggebend dafür sein, dass ein Kreditinstitut dem Kreditnehmer überhaupt einen Kredit gewährt.

Ob eine kommunale Bürgschaft eine Beihilfe enthält und ob diese Beihilfe bei der Kommission zu notifizieren ist, hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in erster Linie die Kommune zu prüfen<sup>43</sup>. Aber auch das kommunale Unternehmen als Kreditnehmer muss die beihilferechtliche Zulässigkeit prüfen. Dies folgt nach der Rechtsprechung des EuGH zum einen aus der Sorgfaltspflicht der Geschäftsführung (§ 43 Abs. 2 GmbHG), zum anderen muss das Unternehmen als Schuldner einer etwaigen Beihilferückzahlungsverpflichtung gegebenenfalls Rückstellungen bilden.<sup>44</sup>

Schließlich haben auch die Kreditinstitute als Kreditgeber ein erhebliches Interesse an einer beihilferechtskonformen Kommunalbürgschaft. Denn im Falle beihilferechtswidriger staatlicher Bürgschaften unterliegt unter Umständen nicht nur das kommunale Unternehmen einem Rückforderungsrisiko. Vielmehr kann nach der *Residex*-Entscheidung des EuGH auch die Bürgschaft selbst von einem nationalen Gericht für nichtig erklärt werden, wenn dies zur Wiederherstellung einer unverfälschten Wettbewerbslage geeignet und erforderlich ist.<sup>45</sup>

Zur Prüfung der beihilferechtlichen Zulässigkeit kommunaler Bürgschaften fordern Kreditinstitute daher regelmäßig rechtliche **Stellungnahmen** (so genannte **Legal Opinions**) der Kommune oder des Kreditnehmers an, aus der sich nachvollziehbar ergibt, auf Grundlage welcher Tatsachen und unter Anwendung welcher europäischen Vorschriften die Kommune von einer Notifizierung absieht. Bei begründeten Zweifeln können die Kreditinstitute die Kreditbewilligung von einer Notifizierung und Genehmigung der Bürgschaft durch die Kommission oder zumindest einer vertraglichen Zusicherung der bürgenden Kommune und des Kreditnehmers, dass die Kommunalbürgschaft beihilferechtskonform ist, abhängig machen.

## RISIKOHINWEIS

Gemäß § 104 Abs. 2 HGO bedürfen Kommunalbürgschaften der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Da es sich hierbei um eine Rechtsaufsicht handelt, hat die Aufsichtsbehörde grundsätzlich auch die Übereinstimmung mit dem EU-Beihilferecht zu prüfen. Tatsächlich nehmen die Aufsichtsbehörden die beihilferechtlichen Vorgaben aber häufig ausdrücklich von ihrer Prüfung aus. Zudem liegt die abschließende Kompetenz zur Beurteilung des Vorliegens und der Rechtmäßigkeit einer Beihilfe allein bei der Kommission. Aus diesen Gründen werden die bürgende Kommune und/oder das Unternehmen als Empfänger einer Beihilfe häufig nicht vermeiden können, eine externe Stellungnahme zur Beihilferechtskonformität der Kommunalbürgschaft einzuholen oder ein Notifizierungsverfahren durchzuführen.

<sup>43</sup> Siehe dazu Kapitel 1 S. 21 f.

<sup>44</sup> Siehe Kapitel 7 S. 127 f.

<sup>45</sup> Siehe unten S. 88 ff.

## 1. Keine Notifizierungspflicht bei Einhaltung der Bürgschaftsmitteilung 2008

In ihrer sogenannten Bürgschaftsmitteilung 2008<sup>46</sup> bestimmt die Kommission näher, unter welchen Voraussetzungen eine Bürgschaft keine Beihilfe darstellt und wie gegebenenfalls der Beihilfewert zu ermitteln ist.

Danach ist zunächst zu unterscheiden, ob die Kommunalbürgschaft als Einzelgarantie (**Einzelbürgschaft**) oder aufgrund einer Garantieregelung (**Bürgschaftsregelung**) des Bundes, eines Landes oder der Kommune selbst gewährt werden soll.

### 1.1. Einzelbürgschaft

Eine kommunale Ausfallbürgschaft, die nicht auf einer Bürgschaftsregelung beruht, enthält gemäß Ziffer 3.2 der Bürgschaftsmitteilung keine Beihilfe, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

#### 1.1.1. Kreditnehmer befindet sich nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten

Der Kreditnehmer darf sich bei Abgabe der Bürgschaftserklärung nicht in finanziellen Schwierigkeiten befinden. Nach den Leitlinien der Kommission für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen<sup>47</sup> befindet sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn:

- bei einer GmbH mehr als die Hälfte des gezeichneten Stammkapitals infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen ist<sup>48</sup>, oder
- bei Gesellschaften, bei denen zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haften, mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen ist, oder
- das Unternehmen Gegenstand eines Insolvenzverfahrens ist oder die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag seiner Gläubiger erfüllt (Unternehmen ist zahlungsunfähig, drohend zahlungsunfähig oder überschuldet), oder
- bei einem Unternehmen in den vergangenen beiden Jahren der buchwertbasierte Verschuldungsgrad über 7,5 und das Verhältnis des EBITDA zu den Zinsaufwendungen unter 1,0 lag.

#### 1.1.2. Privilegierung für kleine und mittlere Unternehmen

Ist der Darlehensnehmer ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU<sup>49</sup>), so wird er als nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindlich behandelt, wenn er vor weniger als drei Jahren gegründet wurde.

#### 1.1.3. Umfang der Bürgschaft

Der maximale Umfang der Bürgschaft kann zum Zeitpunkt ihrer Übernahme ermittelt werden. Dies ist der Fall, wenn die Bürgschaft an eine bestimmte finanzielle Transaktion geknüpft, auf einen festen Höchstbetrag beschränkt und in ihrer Laufzeit begrenzt ist (enge Zweckerklärung).

<sup>46</sup> Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 20.06.2008 (ABl. C 155 vom 20.06.2008, S. 10).

<sup>47</sup> Mitteilung der Kommission „Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, (ABl. C 249/1 vom 31.07.2014, S. 1).

<sup>48</sup> Gem. Ziffer 2.2.a der Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen ist dies der Fall, wenn sich nach Abzug der aufgelaufenen Verluste von den Rücklagen (und allen sonstigen Elementen, die im Allgemeinen den Eigenmitteln des Unternehmens zugerechnet werden) ein negativer kumulativer Betrag ergibt, der mehr als der Hälfte des gezeichneten Stammkapitals entspricht.

<sup>49</sup> Vgl. Ziffer 3.2.a der Bürgschaftsmitteilung sowie die Empfehlung der Kommission vom 06. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen.

#### 1.1.4. 80-%-Grenze

Die Bürgschaft besichert nicht mehr als 80 % des „ausstehenden“ Kreditbetrages.

- **Regelfall:** Die Bürgschaft deckt **höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrages** oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung ab. Im Falle einer kommunalen Ausfallbürgschaft bezieht sich diese 80-%-Relation auf den nach Verwertung etwaiger weiterer Kreditsicherheiten verbleibenden, „ausstehenden“ Kreditbetrag. Lediglich bei einer so genannten Bürgschaft auf erstes Anfordern, wie sie aus haushaltsrechtlichen Gründen die Ausnahme sein dürfte, bezieht sich die 80-%-Relation auf den ausstehenden Tilgungsbetrag, das heißt nach Beginn der Tilgung des Darlehens muss nur der verbürgte Betrag entsprechend herabgesetzt werden.  
Dem Kreditnehmer steht es frei, zusätzlich zur kommunalen Ausfallbürgschaft weitere Sicherheiten wie etwa Grundschulden zu stellen. Aus Sicht des Kreditinstitutes ist jedoch zu beachten, dass es stets bei einem – von der Kommission gerade gewollten – Restrisiko bleibt. Denn die Ausfallbürgschaft greift erst nachrangig zur Verwertung etwaiger sonstiger Sicherheiten und dann nur für 80 % des verbleibenden Ausfallbetrages. Das Restrisiko des Kreditinstitutes beläuft sich also stets auf 20 % des nicht von den sonstigen Sicherheiten gedeckten Kreditausfalls.
- **Ausnahme:** Eine **Besicherung von 100 %** des ausstehenden Kreditbetrages ist ausnahmsweise zulässig, sofern die Kommune als Bürge das entsprechende Unternehmen als Kreditnehmer ordnungsgemäß mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Dawl) betraut hat<sup>50</sup>, und sich die **Tätigkeit des Kreditnehmers auf diese eine Dawl beschränkt**.

#### 1.1.5. Avalprovision

Der Kreditnehmer bezahlt der Kommune als Bürge ein **marktübliches Entgelt (Avalprovision)** für die Besicherung des konkreten Kreditverhältnisses.

Für kommunale Unternehmen können typischerweise keine Garantieprämien an den Finanzmärkten ermittelt werden. Die Höhe der marktüblichen Avalprovision muss deshalb im Regelfall durch einen Vergleich der Finanzierungskosten mit und ohne Bürgschaft ermittelt werden. Hierzu kann die Kommune oder das Unternehmen entweder Vergleichsangebote von Kreditinstituten einholen, oder die Finanzierungskosten gutachterlich berechnen lassen.

#### RISIKOHINWEIS

Die Ermittlung der marktüblichen Avalprovision durch Einholung von Vergleichsangeboten von Kreditinstituten ist beihilferechtlich nur dann belastbar, wenn diese Vergleichsangebote rechtsverbindlich und ohne Gremienvorbehalt abgegeben werden. Anderenfalls kann nicht rechtssicher vermutet werden, dass das Kreditinstitut die angebotene Avalprovision anhand einer vollständigen Analyse des individuellen Ausfallrisikos des konkreten Kreditverhältnisses ermittelt hat.

Bei der Ermittlung der marktüblichen Avalprovision für eine Bürgschaft zur Besicherung eines bestimmten Kreditverhältnisses ist das individuelle Ausfallrisiko im konkreten Kreditverhältnis zu berücksichtigen. Hierzu ist anhand der Jahresabschlüsse, der Wirtschafts- und Finanzpläne sowie

<sup>50</sup> Siehe Kapitel 4 S. 65 ff.

weiterer Finanzdaten des Kreditnehmers eine Kreditwürdigkeitsanalyse (**Stand-Alone-Rating**) zu erstellen. Im Regelfall genügt hierfür ein Rating zum Beispiel des darlehensgewährenden Kreditinstituts oder eine vergleichbare gutachterliche Kreditwürdigkeitsanalyse mit Hilfe marktüblicher Kreditscoringmodelle. Dabei können bestimmte bonitätsverbessernde Faktoren wie die Art und der Rang der weiteren Kreditsicherheiten berücksichtigt werden. Nicht mit dem erforderlichen Stand-Alone-Ansatz zu vereinbaren und deshalb außer Acht zu lassen sind dagegen die Stellung des Kreditnehmers als kommunales Tochterunternehmen sowie gegebenenfalls damit verbundene Patronatserklärungen oder Ergebnisabführungsverträge.

Auf Grundlage des Ratings kann sodann mittels anerkannter finanzmathematischer Methoden wie etwa einem Benchmarking auf der Grundlage so genannter Credit Default Swap Spreads zunächst der marktübliche Zinssatz für das entsprechende Darlehen mit und ohne Bürgschaft berechnet werden. Anschließend lässt sich hieraus die marktübliche Avalprovision ableiten.

### RISIKOHINWEIS

Eine **pauschale Festsetzung** der Avalprovision (beispielsweise 0,5 % der Bürgschaftssumme), wie in der kommunalen Praxis häufig anzutreffen, ist nach der Entscheidungspraxis der Kommission ausdrücklich nicht marktüblich und daher regelmäßig eine Beihilfe. Denn die Avalprovision muss das individuelle Ausfallrisiko des Bürgen angemessen widerspiegeln, weil sich nach dem Ausfallrisiko die „Kosten“ der Bürgschaft bestimmen, die der Bürge zuzüglich einer Marge durch die verlangte Avalprovision an den Bürgschaftsnehmer weitergibt. Eine pauschale, für alle Bürgschaften erhobene Avalprovision etwa von 0,5 % der Bürgschaftssumme, kann daher von vornherein keine marktübliche Avalprovision darstellen. Denn das Ausfallrisiko ist eine individuelle Variable, die abhängig von den konkreten Umständen des jeweiligen Kredits (Zinssatz, Verwendungszweck) und der Person des Kreditnehmers – insbesondere dessen Bonität – ist.

Hätte der Kreditnehmer ohne die Kommunalbürgschaft überhaupt kein Darlehen am Markt erhalten, so liegt das Beihilfeelement der Kommunalbürgschaft nicht nur in einer zu geringen Avalprovision, sondern in dem Gesamtbetrag der verbürgten Darlehensvaluta. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die entsprechende Beihilfe aus anderen Gründen von der Notifizierung bei der Kommission freigestellt ist. Ist auch das nicht der Fall, ist die Finanzierung als Ganzes bei der Kommission zu notifizieren und kann gegebenenfalls genehmigt werden, im äußersten Fall als einmalige Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfe.

### 1.2. Bürgschaften auf Grund von Bürgschaftsregelungen

Eine Garantieregelung [Bürgschaftsregelung] im Sinne der Bürgschaftsmitteilung *ist ein Instrument, das es ohne weitere Durchführungsmaßnahmen ermöglicht, Garantien [Bürgschaften] für Unternehmen zu übernehmen, sofern bestimmte Voraussetzungen im Hinblick auf die Laufzeit und die Höhe der Garantie, die zugrunde liegende Transaktion und die Art oder die Größe des Unternehmens (zum Beispiel KMU) erfüllt sind.*

Die häufig als Verwaltungsvorschriften (Richtlinien) erlassenen Bürgschaftsregelungen des Bundes, der Länder oder einer Kommune legen in allgemeiner und abstrakter Weise fest, unter welchen Voraussetzungen eine Bürgschaft gewährt werden darf. Auf ihrer Grundlage können staatliche Stellen bestimmten Unternehmen Bürgschaften gewähren. Bürgschaftsregelungen und die auf deren

Grundlage begebenen Bürgschaften stellen keine staatliche Beihilfe dar, wenn sie die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllen:

- Die oben erläuterten ersten drei Voraussetzungen einer Einzelbürgschaft (kein Unternehmen in Schwierigkeiten; bestimmter Umfang; maximal 80-%-Besicherung) müssen erfüllt sein; **zudem:**
- muss die Regelung so gestaltet sein, dass sich die verbürgte Maßnahme auf Grundlage einer realistischen Risikobewertung selbst finanziert und der Ausgleich von Verwaltungskosten sowie ein angemessener Kapitalertrag ermöglicht wird;
- **und** muss die Regelung vorsehen, dass mindestens einmal jährlich die Angemessenheit der Avalprovision überprüft wird, und eine Anpassung ermöglichen;
- **und** muss die Regelung eine Bestimmung enthalten, unter welchen Bedingungen künftige Bürgschaften übernommen werden.

## 2. Keine Notifizierungspflicht bei Einhaltung der De-minimis-Verordnung

Kommunalbürgschaften, die die Voraussetzungen der Bürgschaftsmitteilung 2008 nicht erfüllen, können dennoch wegen Geringfügigkeit beihilferechtlich unbedenklich sein. Nach der neuen De-minimis-Verordnung<sup>51</sup> sind Beihilfemaßnahmen zugunsten eines Unternehmens bis zu einem Höchstbetrag von 200.000 Euro über drei Steuerjahre von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung bei der Kommission befreit. Die De-minimis-Verordnung gilt allerdings nur für so genannte transparente Beihilfen. Transparente Beihilfen sind Maßnahmen, deren Beihilfeelement – auch Bruttosubventionsäquivalent genannt – im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Bürgschaften sind danach grundsätzlich nicht transparent. Allerdings werden Bürgschaften in folgenden Ausnahmefällen wie transparente Beihilfen behandelt und sind daher ebenfalls von der Notifizierungspflicht freigestellt:

### 2.1. Variante 1: 80-%-Grenze + Wertgrenze + begrenzte Laufzeit

- Der Beihilfeempfänger ist nicht insolvent beziehungsweise verfügt – im Falle eines großen Unternehmens – über ein Rating von mindesten „B-“ und
- die Bürgschaft besichert höchstens **80 %** des „ausstehenden“ Kreditbetrages und
- die Bürgschaft ist auf einen Betrag von **1.500.000 Euro** und eine Laufzeit von **fünf Jahren** beziehungsweise auf einen Betrag von **750.000 Euro** und eine Laufzeit von **zehn Jahren** begrenzt.

### 2.2. Variante 2: KMU + Berechnung mit Safe-Harbour-Prämien

Das Bruttosubventionsäquivalent einer Bürgschaft zugunsten eines kleinen oder mittleren Unternehmens (KMU) wurde auf Grundlage der so genannten *Safe-Harbour*-Prämien aus der Bürgschaftsmitteilung berechnet und übersteigt den Wert von 200.000 Euro über drei Steuerjahre nicht.

### 2.3. Variante 3: Berechnung anhand akzeptierter Methode

Schließlich kann das Bruttosubventionsäquivalent anhand einer bei der Kommission angemeldeten und von dieser akzeptierten Methode berechnet werden. Dieses Variante ist insbesondere bei der Notifizierung komplexer Beihilferegungen relevant und in der kommunalen Praxis daher nur von geringer Bedeutung.

---

<sup>51</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendbarkeit der Art. 107 und 108 AEUV Union auf *De-minimis*-Beihilfen (ABl. L 352 vom 24.12.2013, S. 1).



### 3. Keine Notifizierungspflicht bei Einhaltung der Dawl-De-minimis-Verordnung

Die *Dawl-De-minimis*-Verordnung<sup>52</sup> setzt die Geringwertigkeitsschwelle für Beihilfen zugunsten von Unternehmen, die mit Dawl betraut sind, auf 500.000 Euro über drei Steuerjahre herauf. Kommunalbürgschaften aufgrund von *Bürgschaftsregelungen* profitieren von der höheren Geringwertigkeitsschwelle der *Dawl-De-Minimis*-Verordnung, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- der Beihilfeempfänger ist nicht in finanziellen Schwierigkeiten;
- der verbürgte Teil des Darlehens ist auf 3.750.000,00 Euro begrenzt;
- die Bürgschaft ist auf 80 % der ausstehenden Kreditverbindlichkeiten begrenzt.

Für *Einzelbürgschaften* bleibt es auch im Falle der Finanzierung von Dawl bei den Regelungen der allgemeinen *De-Minimis*-Verordnung.

#### RISIKOHINWEIS

Hätte das entsprechende Unternehmen ohne kommunale Bürgschaft Schwierigkeiten, überhaupt einen Kredit zu bekommen, so sind die *De-minimis*- und *Dawl-De-minimis*-Verordnungen nicht anwendbar. *De-minimis*-Beihilfen und *Dawl-De-minimis*-Beihilfen dürfen nicht mit anderen Beihilfen kumuliert werden.

### 4. Keine Notifizierungspflicht bei Einhaltung des Freistellungsbeschlusses

Will eine Kommune einen Kredit ihres Unternehmen über 1.500.000 Euro beziehungsweise über 3.750.000 Euro oder mit einer längeren als zehnjährigen Laufzeit besichern, kann die entsprechende Ausfallbürgschaft gegebenenfalls nach Maßgabe des Freistellungsbeschlusses<sup>53</sup> von der Notifizierungspflicht freigestellt werden.

Die Anwendbarkeit des Freistellungsbeschlusses ist nicht auf transparente Beihilfen beschränkt. Zudem ist eine kommunale Ausfallbürgschaft selten die einzige Maßnahme zur Finanzierung der Dawl-Aufgabe eines Unternehmens. Der Verzicht einer Kommune auf eine (marktübliche) Avalprovision für die Kommunalbürgschaft ist daher regelmäßig nur ein durchlaufender Posten: Würde die Kommune eine marktübliche, höhere Avalprovision für ihre Bürgschaft verlangen, so müsste sie demselben Unternehmen an anderer Stelle einen höheren Dawl-Verlustaussgleich gewähren. Dementsprechend hat die Kommission den Verzicht auf eine marktübliche Avalprovision in diesen Fällen unter bestimmten Voraussetzungen akzeptiert.

Erforderlich ist neben der Betrauung insbesondere, Darlehen und Bürgschaft in der Trennungsrechnung gemäß Art. 5 Abs. 9 Freistellungsbeschluss ordnungsgemäß abzubilden, um eine verbotene Quersubventionierung etwaiger kommerzieller Tätigkeiten des Darlehensnehmers zu vermeiden. Zudem muss die entfallende Avalprovision aus Transparenzgründen bei der Berechnung der Ausgleichsleistungen berücksichtigt und abgebildet werden.

<sup>52</sup> Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen (ABl. L 114 vom 26.04.2012, S. 8).

<sup>53</sup> Siehe Kapitel 4 S. 65 ff.

Die Bürgschaft sowie die Bedingungen und Konditionen der Sicherungsabrede im Avalverhältnis können im Betrauungsakt (deklaratorisch) wiedergegeben werden, um zu verdeutlichen, dass sich die übrigen Ausgleichsleistungen hierdurch verringern und die Bürgschaft sowie das besicherte Darlehen ausschließlich der Finanzierung von Dawl dienen.

#### RISIKOHINWEIS

Eine Dawl-Betrachtung rechtfertigt nach bisheriger Entscheidungspraxis der Kommission lediglich den Verzicht auf eine marktübliche Avalprovision. Die übrigen Kriterien der Bürgschaftsmittelteilung sind auch im Falle einer Dawl-Betrachtung einzuhalten. Insbesondere eine 100-%-Besicherung ist danach nur zulässig, sofern das Unternehmen keine anderen Dawl erbringt und auch keine kommerziellen Tätigkeiten ausübt.

### 5. Keine Notifizierungspflicht bei Einhaltung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung

Mit der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung („AGVO“)<sup>54</sup> werden schließlich staatliche Beihilfemaßnahmen mit ganz bestimmten Zwecksetzungen unter darin näher geregelten Voraussetzungen von der Notifizierungspflicht und dem Durchführungsverbot freigestellt.

Wie schon die *De-Minimis*-Verordnung und die Dawl-*De-minimis*-Verordnung ist auch die AGVO nur auf *transparente* Beihilfen anwendbar. Die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Notifizierungspflicht nach der AGVO variieren in Abhängigkeit von der jeweiligen Zwecksetzung der Beihilfe wie beispielsweise regionale Stadtentwicklung, Risikofinanzierung oder Unternehmensgründungen. Sie setzen jedoch regelmäßig ebenfalls voraus, dass die Bürgschaft maximal 80 % des ausstehenden Kreditbetrages besichert, in der Laufzeit beschränkt ist und das maximal zulässige Bruttosubventionsäquivalent entweder anhand von *Safe-Harbour*-Prämien für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) oder einer sonstigen, mit der Kommission abgestimmten Methode errechnet wurde oder der maximal verbürgte Betrag auf eine bestimmte Höchstsumme begrenzt ist.

## III. Folgen bei Verstoß einer Kommunalbürgschaft gegen EU-Beihilferecht

### 1. Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot – Rechtsfolgen bei Verstößen

Erfüllt eine bestimmte Maßnahme den Tatbestand der Beihilfe und ist diese Beihilfe nicht nach Maßgabe einer der vorgenannten Legalausnahmen von der Notifizierungspflicht freigestellt, so ist sie gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV vor ihrer Durchführung bei der Kommission zur Prüfung und Genehmigung anzumelden<sup>55</sup>. Solange die Kommission keine abschließende Entscheidung erlassen hat, darf die Maßnahme nicht durchgeführt werden. Dieses Durchführungsverbot besitzt unmittelbare Wirkung, das heißt es ist von der bürgenden Kommune wie ein Gesetz des deutschen Gesetzgebers zu beachten.

<sup>54</sup>Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 17.06.2014 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 (ABl. L vom 18.06.2014 S. 1), siehe Kapitel 3 S. 48 ff.

<sup>55</sup> Siehe Kapitel 1 S. 21 ff..

Im Falle einer Verletzung kann ein Wettbewerber im Wege einer Konkurrentenklage vor einem deutschen Zivilgericht auf Unterlassung und verzinsliche Rückzahlung des rechtswidrig gewährten Vorteils klagen. Daneben kann die Kommission – sei es auf eigene Initiative etwa infolge von Presseberichten, oder aufgrund einer Beschwerde eines Wettbewerbers – ein Beihilfeverfahren einleiten und hieraufhin gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat ebenfalls die verzinsliche Rückforderung der Beihilfe von dem begünstigten Unternehmen anordnen.

## 2. Rechtsfolgen für den Kreditnehmer

Die Rückforderung gegenüber dem Kreditnehmer ist durch die beihilfegewährende Stelle – gegebenenfalls also durch die bürgende Kommune – zu betreiben. Sie richtet sich nach nationalem Recht und ist nötigenfalls im Wege einer Rückforderungsklage durchzusetzen. Im Falle einer privatvertraglichen Beihilfegewährung – wie dies bei einer Sicherungsabrede zur Regelung des Avalverhältnisses zwischen Kommune und Kreditnehmer der Fall ist – kann hierzu vor einem Zivilgericht die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes nach § 134 BGB sowie die Rückzahlung und Verzinsung der rechtsgrundlos erlangten Beihilfe geltend gemacht werden. Im Falle der Beihilfegewährung durch Zuwendungsbescheid oder -vertrag ist ein Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid nach deutschem Verwaltungsrechts (§§ 48 ff. VwVfG) zu erlassen und gegebenenfalls im Wege des Verwaltungszwangs durchzusetzen.

### RISIKOHINWEIS

Nach einem rechtskräftigen Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 07.11.2005 (Az. 8 S 93/05) ist der Erlass eines verwaltungsrechtlichen Rückforderungsbescheides aufgrund des Gebotes der effektiven Anwendung des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) auch dann zulässig und gegebenenfalls geboten, wenn die Beihilfe selbst im Wege einer zivilrechtlichen Vereinbarung – etwa eines Bürgschaftsvertrages – ausgereicht wurde. Der EuGH betont in seinem Urteil vom 11.09.2014 in der Rs. C-527/12, *Biria*, zwar, dass sich die Rückforderung grundsätzlich nach nationalem Recht richte und daher auch auf dem Zivilrechtsweg erfolgen könne. Aufgrund des Effektivitätsgebots müsse das nationale Verfahren allerdings die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen. Da die Kommission in ihren Rückforderungsentscheidungen zudem regelmäßig eine Umsetzungsfrist von 4 – 6 Monaten vorgibt, wird eine Rückforderung auf dem Zivilrechtsweg daher in der Mehrzahl der Fälle den genannten europarechtlichen Anforderungen nicht genügen. In diesem Fall besteht das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission.

## 3. Rechtsfolgen für das Kreditinstitut

Die Frage, ob und unter welchem Umständen im Fall einer beihilferechtswidrigen Bürgschaft neben dem Avalverhältnis zwischen Kommune und Kreditnehmer auch die Bürgschaftsabrede zwischen Kommune und Kreditinstitut nach § 134 BGB nichtig ist, wurde bislang noch nicht vom BGH entschieden.

Nach der *Residex*-Entscheidung des EuGH kann auch die Bürgschaft selbst von einem nationalen Gericht für nichtig erklärt werden, wenn dies zur Wiederherstellung einer unverfälschten Wettbewerbslage geeignet und erforderlich ist.

## RISIKOHINWEIS

Aufgrund der Entscheidung des EuGH im Fall *Residex* besteht ein erhöhtes Risiko der Nichtigkeit für Bürgschaften der öffentlichen Hand, die das Kreditinstitut im Hinblick auf ein bereits gewährtes Darlehen „nachträglich“ oder im Rahmen einer Umschuldung hereinnimmt. Dasselbe gilt für den Fall, dass das Unternehmen ohne staatliche Bürgschaft Schwierigkeiten gehabt hätte, überhaupt einen Kredit zu bekommen. Im Falle „nachträglicher“ Bürgschaften der öffentlichen Hand sowie bei Umschuldungen ist zur Risikoreduzierung darauf zu achten, dass eine Anpassung des Kredits an die neue Situation durch eine entsprechende Senkung des Kreditzinses erfolgt.

Allerdings hat der BGH in einem nach der *Residex*-Entscheidung des EuGH erlassenen Urteil vom 5. 12. 2012, Az. ZR 92/11 festgestellt, dass der Verstoß eines Vertragsteils gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot – im konkreten Fall ging es um eine begünstigende Kaufpreisabrede – nicht zwingend zur Nichtigkeit des Vertrags insgesamt führe.

Vielmehr könne es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils und damit der Beihilfe – in Form des zu niedrigen Kaufpreises oder gegebenenfalls auch einer zu niedrigen Avalprovision – genügen, wenn der Beihilfeempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem vereinbarten und dem beihilfekonformen Preis zuzüglich seines bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils vornehme. Dies setze allerdings voraus, dass die nichtige beihilferechtswidrige Klausel im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung nach dem Willen der Parteien ersetzt werden könne. Hierzu bedürfe es konkreter Anhaltspunkte, worauf sich die Vertragsparteien bei Kenntnis der Nichtigkeit dieser Klausel verständigt hätten. Die Aufrechterhaltung des Vertrags mit beihilferechtskonformem Inhalt verstoße aber weder gegen beihilferechtliche Bestimmungen, noch laufe sie als solche einem Verbotsgesetz zuwider.

## PRAXISTIPP

Zur Vermeidung einer Gesamtnichtigkeit der Kommunalbürgschaft ist daher zu empfehlen, das Avalverhältnis einschließlich der Höhe der Avalprovision schriftlich zu regeln und eine entsprechende salvatorische Klausel darin aufzunehmen, wonach das Avalverhältnis bei Verstoß gegen das Beihilferecht anzupassen und der bis zu dieser Anpassung gewährte Vorteil verzinslich zurückzuzahlen ist.

## IV. „Verjährung“ und Prolongation bereits gewährter Bürgschaften

Nach Art. 15 Abs. 1 Beihilfenverfahrensordnung<sup>56</sup> (BeihilfenVerfO) beträgt die Frist der Kommission für die Rückforderung von Beihilfen 10 Jahre. Gemäß Art 15 Abs. 2 BeihilfenVerfO beginnt die Frist mit dem Tag, an dem die Beihilfe dem Empfänger gewährt wird. Bei Bürgschaften ist insoweit das Datum der Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde maßgeblich. Nach Ablauf dieser 10 Jahre han-

<sup>56</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. L 204 vom 31.07.2013, S. 15).

delt es sich dagegen um eine „bestehende Beihilfe“ im Sinne von Art. 108 Abs. 2 AEUV. Diesbezüglich sind die Befugnisse der Kommission auf den Vorschlag so genannter „zweckdienlicher Maßnahmen“ beschränkt, die allenfalls eine *zukünftige* Anpassung einer Bürgschaft oder einer Bürgschaftsregelung vorsehen können. Eine Rückforderung ist bei bestehenden Beihilfen dagegen ausgeschlossen.

#### PRAXISTIPP

Die Tilgungsdauer der besicherten Kredite überschreitet in der Praxis regelmäßig die Zinsbindungsfrist von 10 Jahren (§ 489 Absatz 1 Nr. 3 BGB). Dementsprechend bedarf es einer Prolongation der Bürgschaften/Kredite, die häufig auch zur Umschuldung auf ein anderes Kreditinstitut genutzt wird. Entsprechende Sachverhalte können zu einer neuen Beihilfe führen mit der Folge, dass auch die 10jährige Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt. Ob eine neue Beihilfe vorliegt, bedarf stets der sorgfältigen Prüfung im Einzelfall. Von Bedeutung ist dabei neben einer etwaigen expliziten „Zustimmung“ der Kommune als Adressat des Beihilferechts zur Prolongation insbesondere die rechtliche Ausgestaltung der Umschuldung. Geht die alte Forderung/Bürgschaft infolge der Befriedigung des Schuldners mit den neuen Darlehensmitteln unter, wird das neue Darlehen häufig auch mit einer neuen Bürgschaft besichert. Wird die Forderung/Bürgschaft nach § 401 BGB auf das Kreditinstitut übertragen, geht die Bürgschaft zumeist mit über und bleibt insoweit „bestehen“ und damit regelmäßig auch bestandsgeschützt.

## V. Die beihilferechtliche Relevanz von Kommunaldarlehen

Neben der kommunalen Ausfallbürgschaft ist das Kommunaldarlehen eine verbreitete Form der Finanzierung öffentlicher Unternehmen. Kommunaldarlehen sind vor allem dann beihilferelevant, wenn Kommunen darin die ihnen am Kapitalmarkt gewährten Kommunalkreditkonditionen an ihre Unternehmen weiterreichen. Denn in diesem Fall beruhen die Kreditkonditionen – insbesondere natürlich der Darlehenszinssatz – weder auf einem Stand-Alone-Rating des kommunalen Unternehmens noch auf einer Bewertung des individuellen Ausfallrisikos zum Beispiel unter Berücksichtigung der konkreten Besicherung.

### 1. Keine Beihilfe bei Einhaltung der Referenzzinssatzmitteilung

Zur vereinfachten Bestimmung marktüblicher beihilfefreier Darlehenskonditionen sowie zur vereinfachten Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents von Darlehen hat die Kommission bereits im Jahr 2007 die *Referenzzinssatzmitteilung*<sup>57</sup> veröffentlicht.

Danach kann der als marktüblich zu betrachtende Darlehenszinssatz anhand des Ein-Jahres-IBOR zuzüglich eines Margenaufschlags ermittelt werden. Den anzuwendenden Margenaufschlag können öffentliche Darlehensnehmer einer Tabelle in der Referenzzinssatzmitteilung selbst entnehmen. Der Margenaufschlag ist dabei umso geringer, je besser die Bonität des Darlehensnehmers und die Besicherung des jeweiligen Kredites sind. Zur Bewertung der Bonität des Darlehensnehmers ist, wie

<sup>57</sup> Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze (ABl. C 14 vom 19.01.2008, S. 6.).

schon bei den Bürgschaften, auf ein Rating abzustellen, wobei auch hier ein internes Rating des Kreditinstituts oder eine gutachterliche Kreditwürdigkeitsanalyse genügt. Ist gar kein Rating vorhanden, ist der Basissatz bei guter Besicherung um mindestens 400 Basispunkte zu erhöhen. Bei schlechter Bonität des Darlehensnehmers ist zu prüfen, ob sich der Darlehensnehmer bereits in Schwierigkeiten im Sinne der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien befindet. In diesem Fall dürfte auch das Darlehen nur noch als einmalige Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfe gewährt werden. Anderenfalls sind Margenaufschläge von bis zu 1000 Basispunkten erforderlich, um das Darlehen marktüblich und beihilfefrei auszugestalten.

## 2. Berechnung des marktüblichen Darlehenszinssatzes im Einzelfall

Die vereinfachte Methode der Referenzzinssatzmitteilung ist nicht die einzige Methode, die die Kommission zur Berechnung und Begründung der Marktüblichkeit von Darlehenszinssätzen akzeptiert.

Vielmehr erkennt die Kommission auch auf das konkrete Darlehen zugeschnittene Berechnungen des marktüblichen Darlehenszinssatzes an und führt derartige Berechnungen selbst zur Überprüfung der Marktüblichkeit staatlicher Darlehen durch. Dabei wendet die Kommission folgende Formel an:

$$\text{Marktübliche Vergleichszinssatz} = \text{Basiszinssatz} + \text{Risikomarge} + \text{Gebühr}$$

Wie schon bei der Berechnung marktüblicher Avalprovisionen beruht die Ermittlung der Risikomarge auf einem individuellen Rating des Kreditnehmers und der Anwendung anerkannter finanzmathematischer Methoden (Benchmarking auf der Grundlage von *Credit Default Swap Spreads*).

## 3. Freistellung zinsvergünstigter Kommunaldarlehen von der Notifizierungspflicht

Sind die Darlehenskonditionen, insbesondere der Darlehenszinssatz, im Einzelfall nicht marktüblich, und stellen sie daher eine Beihilfe dar, so gilt Folgendes:

Beihilfen in Form von Darlehen gelten als *transparente De-minimis*-Beihilfen und sind als solche von der Notifizierungspflicht befreit, wenn

- der Darlehensnehmer nicht insolvenzreif ist oder – im Falle eines großen Unternehmens – mindestens über ein Rating von B verfügt, **und**
- das Darlehen durch Sicherheiten unterlegt ist, die sich auf mindestens 50 % des Darlehensbetrags belaufen, **und**
- das Darlehen auf einen Betrag von 1.000.000 Euro und eine Laufzeit von fünf Jahren oder auf einen Betrag von 500.000 Euro und eine Laufzeit von zehn Jahren begrenzt ist, **oder**
- wenn das Bruttosubventionsäquivalent auf der Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden Referenzzinssatzes gemäß der Referenzzinssatzmitteilung berechnet wurde und unter 200.000 Euro (500.000 Euro bei Dawl-De-minimis-Beihilfen) über drei Steuerjahre liegt.

Schließlich können auch zinsvergünstigte Darlehen als Ausgleichsleistung zur Finanzierung von Dawl eingesetzt werden und daher nach Maßgabe des Freistellungsbeschlusses von der Notifizierungspflicht freigestellt sein. Dasselbe gilt, sofern begünstigende Darlehen die Voraussetzungen eines Freistellungstatbestandes nach der AGVO erfüllen.

## 4. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Notifizierungspflicht

Ist ein bereits gewährtes Kommunaldarlehen nicht von der Notifizierungspflicht und dem Durchführungsverbot freigestellt und enthält es dennoch ein Beihilfeelement, so können die Kommission



oder ein nationales Gericht die **Rückzahlung** des bisher beihilferechtswidrig gewährten (Zins-)Vorteils anordnen.

Ob ein nationales Gericht hierzu eine Gesamtnichtigkeit des Darlehensvertrages nach § 134 BGB anzunehmen hat, oder sich die Nichtigkeit auf bestimmte, marktunübliche Darlehenskonditionen wie z. B. den vereinbarten Zinssatz beschränkt, ist höchststrichterlich noch nicht entschieden. In Anlehnung an die oben erläuterte BGH-Rechtsprechung spricht jedoch Vieles dafür, dass eine rückwirkende Nichtigkeit und Anpassung nur der marktunüblichen Darlehenskonditionen jedenfalls dann zur Beseitigung des Wettbewerbsvorteils ausreicht, wenn der Darlehensnehmer anstelle des Kommunaldarlehens auch ein Darlehen am Markt hätte aufnehmen können. Denn in diesem Fall beschränkte sich der Vorteil des Darlehensnehmers auf die günstigen Darlehenskonditionen. Dieser Vorteil kann durch eine rückwirkende Anpassung vollständig abgeschöpft werden. Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass bereits durch eine entsprechende Klausel im Darlehensvertrag angelegt ist, wie die Vertragsparteien diesen im Falle eines unerwarteten Verstoßes gegen Beihilferecht angepasst hätten.

Hätte der Kreditnehmer hingegen Schwierigkeiten gehabt, anstelle des Kommunaldarlehens überhaupt ein entsprechendes Darlehen am Markt zu bekommen, und wurde die Darlehensgewährung nicht von der Kommission genehmigt, dürfte regelmäßig die Annahme einer Gesamtnichtigkeit und Rückabwicklung des Darlehens nebst Zahlung von Rechtswidrigkeitszinsen erforderlich sein, um den beihilferechtswidrigen Vorteil des Kreditnehmers zu beseitigen. Der Kommune bliebe es in diesem Fall jedoch unbenommen, parallel zur Rückabwicklung des beihilferechtswidrigen Darlehens über die Neugewährung einer Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfe oder aber einer Ausgleichsleistung für Dawl zu entscheiden, sofern die hierfür maßgeblichen formalen und materiellen Voraussetzungen vorliegen.

## VI. Die beihilferechtliche Relevanz von Kapitalmaßnahmen

Häufig reicht die Kommune Haushaltsmittel oder eigene, zu Kommunalkreditkonditionen aufgenommene Darlehensmittel an ihre Eigengesellschaft weiter, um diese mit Kapital für anstehende Investitionen – etwa für die Rekommunalisierung des Strom- und Gasnetzes oder zur Beschaffung von Bussen und Bahnen im ÖPNV – auszustatten.

Führt eine Kommune einem Unternehmen Kapital zu, in Form einer Einzahlung in die Kapitalrücklage oder einer gesellschaftsrechtlichen Einlage von Vermögensgegenständen, um hierdurch die Rentabilität dieses Unternehmens zu steigern, so ist aus beihilferechtlicher Sicht von Bedeutung, aber nicht ohne Weiteres erkennbar, ob die Kommune in ihrer Eigenschaft als Staat oder aber als Unternehmer handelt. Letzteres erlaubt das Unionsrecht ausdrücklich (Art. 345 AEUV). Je nachdem kann die Kapitalmaßnahme ein kommunalpolitisch gewollter marktunüblicher Vorteil zugunsten des Unternehmens und damit eine Beihilfe oder aber eine beihilferechtlich unproblematische marktübliche Investition sein.

### 1. Private-Investor-Test

Zur Beantwortung der Frage, ob die Kommune einen marktunüblichen Vorteil gewährt, ist daher zu klären, das kommunale Unternehmen für das zur Verfügung gestellte Kapital eine angemessene Gegenleistung in Form einer **marktüblichen Rendite** erwirtschaftet. Eine solche Rendite kann ent-

weder in Dividendenausschüttungen oder in der Steigerung des eigenen Unternehmenswertes und damit des Wertes der kommunalen Unternehmensbeteiligung bestehen.

Die Methode zur Untersuchung der Marktüblichkeit staatlicher Kapitalzuführungen wird Private-Investor-Test genannt und wurde aus der beihilferechtlichen Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte und vor allem der Kommission entwickelt. Mit dem Private-Investor-Test wird untersucht, ob auch ein - freilich hypothetischer - unabhängiger privater Investor anstelle des Staates eine bestimmte Kapitalzuführung unter Renditegesichtspunkten vornehmen würde. In diesem Fall wird das Unternehmen nicht in beihilferechtlich relevanter Weise begünstigt.

Dieser Logik folgend, gilt der Private-Investor-Test zunächst überall dort als bestanden, wo sich ein unabhängiger privater Kapitalgeber tatsächlich zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen und in signifikantem Umfang an einer Kapitalmaßnahme zugunsten eines bestimmten Unternehmens beteiligt (sogenanntes *pari passu*-Prinzip).

Ein Private-Investor-Test ist dagegen von vornherein dann nicht bestanden, wenn sich das betreffende Unternehmen in Schwierigkeiten befindet, insbesondere nicht in der Lage wäre, sich das erforderliche Kapital auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen oder aber die Kapitalzuführung allein dazu dient, strukturell unrentable Tätigkeiten zu übernehmen oder weiterzuführen.

### 1.1. Prognosecharakter und Auswirkungen früherer Kapitalmaßnahmen

Die Erwartung einer marktüblichen Kapitalrendite erfordert eine *ex-ante*-Prognose. Nicht zu beseitigende Unsicherheiten spiegeln dabei das unternehmerische Risiko eines am Markt agierenden Investors wieder. Relevanter Zeitpunkt, zu dem die begründete Erwartung einer marktüblichen Kapitalrendite bestehen muss, ist der Zeitpunkt der Entscheidung über die Gewährung des investierten Kapitals und nicht der Zeitpunkt der Durchführung der Investition, z. B. der Auszahlung. Demensprechend ist auch im Rahmen des *Private-Investor*-Test die *ex-ante* vernünftigerweise zu erwartende Investitionsrendite und nicht die später tatsächlich realisierte Rendite entscheidend für die beihilferechtliche Beurteilung einer Kapitalmaßnahme.

Der Prognosecharakter des *Private-Investor*-Test entbindet die Beteiligten allerdings nicht davon, ihrer Beurteilung eine Unternehmensplanung auf der Basis plausibler und realistischer Planungsannahmen zugrunde zu legen. Denn eine fundierte Renditeerwartung kann sich nur auf konkrete Finanz- und Investitionsplanungen des entsprechenden Unternehmens stützen. Generell würde ein privater Investor nach Auffassung der Kommission daher versuchen, alle verfügbaren Firmen- und Marktinformationen über das Unternehmen und die geplanten Investitionsmaßnahmen einzuholen. Stellt die Kommune - etwa aufgrund vorrangiger politischer Überlegungen - als Gesellschafter Kapital in Abwesenheit konkreter und detaillierter Unternehmensplanungen und -analysen zur Verfügung, so kann sich schon hieraus der Verdacht einer Beihilfe ergeben.

Eine frühere Beihilfe zugunsten desselben Unternehmens oder eine zuvor durchgeführte Kapitalmaßnahme, deren Renditeerwartungen sich nicht erfüllt haben, kann der erforderlichen *ex-ante*-Prognose entgegenstehen. Denn zum einen könne kurzzeitig aufeinanderfolgenden Beihilfen und Kapitalmaßnahmen als eine einzige Gesamtmaßnahme zu betrachten sein. Eine solche gemeinsame Betrachtung ist insbesondere dann geboten, wenn diese Maßnahmen jeweils auf dasselbe Ziel gerichtet sind, zum Beispiel die Finanzierung eines fortlaufenden Umstrukturierungsprozesses, und das betroffene Unternehmen nach der ersten Maßnahme weiterhin Verluste erwartet. In diesem Fall muss aus den zu erwartenden Zahlungsströmen des betroffenen Unternehmens eine angemessene

Rendite auf den entsprechend höheren Kapitalbetrag erzielt werden. Es ist also nachvollziehbar darzulegen, warum die frühere Prognose sich nicht erfüllt hat und trotzdem die nunmehr zu erarbeitende Unternehmensplanung, die zur „Überkompensation“ der bereits eingetretenen Verluste zwangsläufig eine höhere Rendite als die frühere Prognose vorsehen muss, um insgesamt eine angemessene Rendite zu erzielen, realistisch sein soll.

Zum anderen müssen im Rahmen der Plausibilisierung der *ex-ante* zu erwartenden Rendite immer auch die zurückliegende Unternehmensentwicklung (Entwicklung der Ertragslage und historischen Durchschnittsrenditen) sowie die jüngere Marktentwicklung berücksichtigt werden.

## 1.2. Verfahren zur Berechnung der erwarteten Investitionsrendite

Der Private-Investor-Test ist im Kern eine **betriebswirtschaftliche Berechnung** anhand der erwarteten Zahlungsströme und beruht auf einem **Vergleich der Unternehmenswerte** des betreffenden Unternehmens einmal mit und einmal ohne die Kapitalmaßnahme.<sup>58</sup> Ein Privater anstelle des Staates – hier der Kommune – würde die entsprechende Investition nur tätigen, wenn der Unternehmenswert mit der Kapitalmaßnahme höher ist als ohne und dieser Unternehmenswert gleichzeitig positiv ist. Im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Berechnung des Unternehmenswertes wird die Mindestrendite einer Investition mit vergleichbarem Risiko ermittelt und als Diskontierungszinssatz zur Abzinsung der erwarteten Zahlungsströme eingesetzt. Daher bringt nur ein **positiver Unternehmenswert** zum Ausdruck, dass das betroffene Unternehmen eine risikoäquivalente Mindestrendite auf das zusätzlich eingesetzte Kapital erwirtschaftet.

### RISIKOHINWEIS

Maßgebliches Vergleichsszenario ist stets der sogenannte „Nichts-tun-Fall“, also die Unterlassung der Kapitalzuführung durch die Gesellschafter-Kommune. Der bloße Renditevergleich zweier Finanzierungsvarianten derselben Investition – einmal als Eigenkapitalzuführung und einmal als Fremdfinanzierung – wie er in der kommunalen Praxis gelegentlich anzutreffen ist, genügt den Anforderungen an einen Private-Investor-Test daher nicht und birgt das Risiko erheblicher Rückforderungsanordnungen der Kommission. Dasselbe gilt für vermeintliche „Private-Investor-Tests“, bei denen entweder gar keine Unternehmenswerte berechnet, oder aber zwei Szenarien mit jeweils negativen Unternehmenswerten miteinander verglichen werden, um dann den günstigeren Wert als marktüblich zu bewerten. Die Kommission erkennt diese „Gutachten“ regelmäßig nicht an.

Zu Verifizierung eines positiven Private-Investor-Tests verlangt die Kommission vielfach eine Sensitivierung durch Bildung von upside case- und downside case-Szenarien, wobei es nicht unbedingt erforderlich ist, dass der Unternehmenswert auch im downside case-Szenario positiv ist.

Ist das Ergebnis eines Private-Investor-Tests – etwa aufgrund unsicherer Annahmen in einem dynamischen Marktumfeld – unsicher, so kommt eine sogenannte No-Aid-Notifizierung in Betracht, bei der die Kommission auf Grundlage der eigenen Berechnungen und Analysen um Bestätigung der Beihilfefreiheit einer Kapitalmaßnahme ersucht wird.

<sup>58</sup> Für die Berechnungen der zu erwartenden Kapitalrenditen mit und ohne Investitionsmaßnahmen sind von der Kommission bislang die interne Zinsfuß-Methode, das Discounted Cash Flow Verfahren sowie die Multiple-Verfahren.

Fällt der Private-Investor-Test im Ergebnis negativ aus, weil beispielsweise im Szenario mit der geplanten Kapitalmaßnahme ein negativer Unternehmenswert zu erwarten wäre, so würde durch diese Maßnahme eine Beihilfe gewährt. In diesem Fall ist weiter zu prüfen, ob die Kapitalzuführung die Voraussetzungen für eine Freistellung von der Notifizierungspflicht erfüllt oder eine Genehmigung durch die Kommission nach Art. 106 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit dem Dawl-Rahmen, nach Art. 107 Abs. 3 AEUV oder nach Art. 93 AEUV in Betracht kommt.

Eine Freistellung allein des Verzichts auf eine marktübliche Rendite unter dem Gesichtspunkt der Geringfügigkeit kommt allerdings regelmäßig nicht in Betracht. Denn Kapitalmaßnahmen sind **keine transparenten Beihilfen** und die De-minimis- Verordnung sowie die Dawl-De-minimis-Verordnung finden daher nur dann Anwendung, wenn der Gesamtwert der Kapitalmaßnahme unter den jeweiligen Höchstbeträgen liegt.

#### PRAXISTIPP

Der vielfach als bequeme Möglichkeit zur Umgehung einer Notifizierung angesehene *Private-Investor-Test* verschafft nur dann Rechtssicherheit, wenn er auch methodisch richtig durchgeführt wird. Gerade bei öffentlichen Unternehmen, die über eine gewisse Dauer aufgrund struktureller Rahmenbedingungen Verluste erwirtschaften, lohnt daher eine genaue Prüfung alternativer beihilferechtlicher Lösungsmöglichkeiten. Gerade die (No-Aid-) Notifizierung und Genehmigung einer Maßnahme durch die Kommission wird dabei noch immer nicht als das betrachtet, was es ist: Ein normales Verwaltungsverfahren mit Fristen, Beteiligtenrechte und Rechtsschutzmöglichkeiten.



## Rathaus

### **Kapitel 6**

**Die beihilferechtliche  
Beordnung am Beispiel der  
Stadt Frankfurt am Main**

## Kapitel 6

### Die beihilferechtliche Beordnung am Beispiel der Stadt Frankfurt am Main

von Thomas Tschirmer und Lars Scheider, Kämmerei der Stadt Frankfurt am Main\*

#### I. Kommunale Strategie zur Aufarbeitung beihilferechtlicher Sachverhalte

Städte, Gemeinden und Landkreise erfüllen die Aufgaben ihrer örtlichen Gemeinschaft in erster Linie, indem sie die ihnen zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel direkt mit der eigenen Verwaltung und eigenem Personal nach den gesetzlichen Vorgaben und den Entscheidungen ihrer demokratisch gewählten Willensbildungsorgane einsetzen.

Neben diesem Direkteinsatz von Haushaltsmitteln bedienen sich nahezu alle kommunalen Gebietskörperschaften für besondere Aufgabenfelder auch verselbständigter Einheiten (beispielsweise Eigenbetriebe, Gesellschaften, gegebenenfalls auch Stiftungen, Vereine und sonstige Körperschaften des öffentlichen und privaten Rechts), die kommunal kontrolliert und mit Sach-, Personal- und Finanzmitteln ausgestattet werden.

Schließlich gibt es noch einen dritten Weg, wie die Kommunen ihre Ziele verfolgen, indem sie finanzielle Förderung an externe Personen oder Organisationen ausreichen, die dafür gemeinwohlorientierte Tätigkeiten wahrnehmen.

Die beiden zuletzt genannten Arten des Mitteleinsatzes bergen, wie nachfolgend erläutert wird, eine beihilferechtliche Problematik.

Angesichts der erheblichen finanziellen Risiken setzte sich bei der Kämmerei der Stadt Frankfurt am Main nach Erlass des Monti-Pakets<sup>59</sup> und unter dem Eindruck der weiteren Rechtsentwicklung die Erkenntnis durch, dass die wirtschaftlichen Risiken, die mit dem EU-Beihilfenrecht verbunden sind, eine gründliche und fachkundige Aufarbeitung notwendig machen und es dabei nicht nur um die städtischen Unternehmen, sondern auch um den Mitteleinsatz im Hoheitshaushalt gehen sollte.

##### 1. Finanzierung städtischer Beteiligungsgesellschaften

Die Stadt Frankfurt am Main hält nach ihrem Beteiligungsbericht für das Jahr 2013 insgesamt 392 direkte und mittelbare Beteiligungen. Darunter befinden sich 54 direkte Beteiligungen (wobei hier auch Eigenbetriebe und Regiebetriebe mitgezählt sind), 65 mittelbare Beteiligungen zweiten Grades und 179 Beteiligungen dritten Grades. Nach der Art ihrer Tätigkeit gehören diese Unternehmen, den Bereichen Wohnungsbau, Wirtschaft, Stadtentwicklung, Kultur, Soziales, Bildung, Verkehr sowie Ver- und Entsorgung an.

---

\* Für wertvolle Mitarbeit an dem Bericht danken die Autoren auch dem Projektpartner der Stadt Frankfurt am Main, insbesondere Herrn Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Martin Käppel, PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft, Frankfurt am Main.

<sup>59</sup> Maßnahmen-Paket der Europäischen Kommission vom 29.11.2005, das insbesondere die Vorgängerregelung des heutigen DAWI-Freistellungsbeschluss umfasste.



Innerhalb der Stadtverwaltung liegt die Hauptzuständigkeit für diese Unternehmen beim Beteiligungsmanagement, das eine Abteilung innerhalb der Stadtkämmerei bildet. Deren Aufgaben unterteilen sich in die Beteiligungsverwaltung inklusive des Beteiligungscontrollings sowie in die Begleitung der gesellschaftsrechtlichen Vertretung der Stadt durch den Magistrat in den Aufsichtsorganen dieser Gesellschaften. Daneben sind einige Fachdezernate mit ausgewiesenen Angelegenheiten städtischer Gesellschaften betraut.

Das Beteiligungsmanagement wertet die Jahresabschlüsse und sonstigen Daten der Unternehmen aus und unterstützt die städtischen Vertreter bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Aufsichtsräten und Gesellschafterversammlungen. Auf diese Weise trägt es zu einer bestmöglichen Wahrung der städtischen Interessen bei.

An viele ihrer Tochter-, Enkel- und Urenkelunternehmen leitet die Stadt direkt oder mittelbar einen Teil ihrer (finanziellen) Mittel, um sie bei der Durchführung ihrer gemeinwohlorientierten Aufgaben zu unterstützen. Da hier beihilferechtliche Problemlagen ohne Weiteres greifbar sind, hat die Stadt ihre Beteiligungsgesellschaften als erstes in den Fokus ihrer Aufarbeitungsschritte gestellt. Für diesen Bereich wurde im Jahr 2011 ein Beihilfecheck durchgeführt, an den sich Umsetzungsmaßnahmen anschlossen.

## **2. Städtische Zuschüsse an Externe**

Die finanzielle Förderung externer Organisationen mit dem Ziel, auf diese Weise Allgemeinwohlziele zu erreichen, spielte im Haushalt der Stadt schon bisher eine wichtige Rolle, wird nunmehr aber auch vor dem Hintergrund kommunaler Verwaltungsreformen sowie einer veränderten Rolle des bürgerschaftlichen Engagements immer wichtiger.

Mit „Externen“ sind in den folgenden Ausführungen stets Empfänger-(Organisationen) gemeint, an denen die Stadt keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung hat. Hier geht es also um Mittelgewährungen, die die kommunale Sphäre verlassen und somit das kommunale Gesamtvermögen mindern, so dass ein besonderes Interesse besteht, die entsprechenden Entscheidungen und deren Umsetzung im Einklang mit europarechtlichen und anderen Vorgaben zu gestalten.

Empfänger können Private, Vereine, Stiftungen, Privatunternehmen oder anderen selbständige Einrichtungen sein, die oftmals von Kirchen oder freien gemeinnützigen Organisationen getragen werden, die permanent oder vorübergehend durch die Stadt bezuschusst oder unterstützt werden, wobei es oft um die Bereiche Kultur, Wissenschaft, Sport, Soziales und Gesundheit geht.

Die Zahl der anhand der zunächst primär aus dem Haushaltsplan ermittelten externen Empfänger (Organisationen) der Stadt beträgt derzeit circa 500, von denen mehr als 140 einen Förderbetrag von über 500.000 Euro innerhalb eines Dreijahreszeitraums erhalten.

Deswegen hat die Stadt auf diesen Bereich einen zweiten beihilferechtlichen Untersuchungsschwerpunkt gelegt, für den nachfolgend die Bezeichnung „beihilferechtliche Prüfung der Kernverwaltung“ verwendet wird.

Die Problemsichtung erfolgte im Zuge eines eigenen Projekts, das Ende 2012 begann und in einen Sachstandsbericht mündete, der mit den entsprechenden Bewertungen und Handlungsvorschlägen Mitte 2014 vorlag und seitdem in mehreren Einzelschritten umgesetzt wird. Als sinnvoll hat sich dabei erwiesen, von Anfang an die Zentralämter (Kämmerei, Revisionsamt, Rechtsamt) eng einzubinden

und eine Abstimmung mit diesen sowie zwischen allen Beteiligten zu ermöglichen, Dadurch konnten bereits im Vorfeld Abgrenzungsschwierigkeiten ausgeräumt und ein zielorientiertes, konstruktiv-vertrauensvolles Arbeitsklima geschaffen werden.

Die einzelnen Organisationen der geförderten Bereiche sind vielschichtig und von unterschiedlicher Größe, so dass auch die Beihilfenintensität entsprechend stark voneinander abweicht. Jedoch besteht sowohl aufgrund der Häufigkeit der Zuschussgewährungen als auch aufgrund der teils erheblichen Summen von Fördermitteln Handlungsbedarf, um die Mittelgewährungen an die beihilferechtlichen Vorgaben anzupassen. Dabei müssen bereits gewährte Zuschüsse angepasst, künftige entsprechend vorbereitet und deklariert werden. Dazu gehört vor allem auch, die gewährenden Stellen zunächst für die Beihilfenproblematik zu sensibilisieren und mit Arbeitsvorlagen zu versorgen, um eine einheitliche Behandlung der Zuschüsse zu gewährleisten. So können Beihilfen leichter als solche erkannt und entsprechend behandelt werden. Dabei sollten alle Zuschüsse, unabhängig von den jeweiligen Empfängern oder ihrer Höhe, auf ihre Beihilfeneigenschaft überprüft werden.

### **3. Problemsichtung, Basisumsetzung und laufende Umsetzungskontrolle**

Das prozesshaft angelegte Vorgehen in der städtischen Strategie zur Aufarbeitung der Beihilfenthematik sah von Anfang an vor, dass auf eine Sichtung und Erfassung der Probleme in den beiden abgegrenzten Bereichen „Beteiligungen“ und „Kernverwaltung“ Schritte zur Problemlösung folgen, die mehrere Arbeitsphasen umfassen:

Mögliche Beihilfetatbestände, die im Rahmen der Problemsichtung identifiziert werden, müssen in der darauffolgenden Arbeitsphase näher untersucht werden, ob tatsächlich eine Beihilfe vorliegt.

Falls dies bejaht wird, steht die Frage im Mittelpunkt, ob wegen dieser Beihilfengewährung eine Notifizierung erfolgen muss oder ob es möglich ist, auf andere Weise eine Beordnung, das heißt eine Bereinigung des beihilferechtlichen Konflikts, herbeizuführen. Dabei geht es meist um die Thematik, ob eine „Betrachtung“ oder eine andere Maßnahme möglich ist, die von einer Notifizierungspflicht entbindet. Gelangt diese Prüfung zu einem positiven Ergebnis ist die entsprechende Maßnahme anschließend umzusetzen.

In aller Regel können beihilferechtliche Sachverhalte jedoch nicht durch Einzelmaßnahmen endgültig aufgearbeitet werden, sondern bedürfen einer wiederkehrenden Nachschau und aktiver Kontroll- und Steuerungsmaßnahmen. Dort wo Betrachtungen ausgesprochen wurden, steht das Thema der sogenannten „Überkompensationskontrolle“ im Mittelpunkt der Bemühungen (siehe hierzu Kapitel 1) Im Folgenden werden typische Prüfpunkte und Abgrenzungsfragen dargestellt, die sich bei der Sichtung und Erfassung von Problemfällen im Rahme der Beihilfechecks und nachfolgender Detailprüfungen typischerweise ergeben haben.

#### **RISIKOHINWEIS**

Viele Kommunen konzentrierten sich dabei zunächst auf Sachverhalte, in denen öffentliche Mittel an kommunale Unternehmen (Eigenbetriebe, Anstalten und Kapitalgesellschaften) gewährt werden, die defizitäre Daseinsvorsorgeaufgaben erbringen. Weniger Augenmerk wurde auf die Problematik der Unterstützung von nichtkommunalen externen Dritten (zum Beispiel Privatunternehmen, Vereine, Stiftungen oder andere selbständige Einrichtungen) gelegt. Dies ist insofern erstaunlich, als diese Mittelgewährungen die kommunale Sphäre

verlassen und somit das kommunale Gesamtvermögen mindern, so dass ein besonderes Interesse bestehen sollte, diese Entscheidungen im Einklang mit (europa-)rechtlichen Vorgaben zu gestalten. Hierbei mag eine etwaige Untätigkeit in dem zuletzt genannten Bereich insbesondere auf dem diffusen Gefühl beruhen, dass die Zuschussvergabe aus dem Haushalt einer Gemeinde an nichtkommunale Dritte Empfänger betrifft, die für die Kommission nicht von Interesse sein können oder dass es sich um Kleinbeihilfen handelt, die unter der Bagatellschwelle liegen. Hier lohnt sich jedoch ein Blick auf die jüngsten beihilferechtlichen Rechtsakte der Kommission, um hierdurch den Blick für die Risiken zu schärfen und den ersten Schritt für eine beihilferechtliche Beordnung zu gehen.

## **II. Anwendung der beihilferechtlichen Instrumente in der Basisumsetzung**

Sowohl in dem Beihilfecheck für den „Stadtkonzern“ als auch durch den Bericht für den Bereich der Kernverwaltung konnten etliche Beihilfe-Sachverhalte identifiziert werden, die betragsmäßig über den De-Minimis-Grenzen lagen.

Diese Sachverhalte erforderten natürlich weitere Schritte zur Aufarbeitung, die allerdings bislang in keinem Fall zu einer Einleitung eines Notifizierungsverfahrens führten. Stattdessen konnte hier von den verschiedenen Rechtsnormen und beihilferechtlichen Instrumenten Gebrauch gemacht werden, die zu einer Freistellung von der Notifizierungspflicht führen.

An erster Stelle ist hier die Betrauung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss<sup>60</sup> zu nennen und dessen Pendant für den Bereich des ÖPNV, den öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach der VO 1370/2007. Daneben hat die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung seit ihrer Neufassung im vergangenen Jahr an Bedeutung gewonnen.<sup>61</sup>

### **1. Betrauungen**

#### **1.1. Betrauungen nach dem DawI-Freistellungsbeschluss**

Im Anschluss an die Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH erließ die Kommission Rechtsakte zur konkreteren Ausgestaltung von Art. 106 Abs. 2 AEUV. Diese waren im Einzelnen das sogenannte „Monti-Kroes-Paket“ von 2005 (benannt nach dem damaligen Wettbewerbskommissar), welches zur Anwendung kommt, wenn die engen Voraussetzungen der Altmark-Trans-Kriterien nicht erfüllt sind, sowie das sogenannte „Almunia-Paket“ von 2011 (benannt nach dem damaligen Wettbewerbskommissar).

Der DawI-Freistellungsbeschluss regelt die Fälle von Ausgleichsleistungen von DawI, die eine staatliche Beihilfe darstellen, jedoch von der Notifizierungspflicht befreit sind. Dazu muss das Unternehmen zunächst mit DawI betraut sein. Welche Anforderungen an den Betrauungsakt sowie an die weiteren Voraussetzungen geknüpft sind, wird im Folgenden dargestellt.

<sup>60</sup> Siehe dazu Kapitel 4 S. 64 ff..

<sup>61</sup> Dazu Kapitel 3 S. 48 ff..

## 1.2. Betrauungsakt

Als Betrauungsakt bezeichnet man den Rechtsakt einer staatlichen Stelle, durch den einem Unternehmen die Durchführung einer gemeinwohlorientierten Tätigkeit (Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) übertragen wird.<sup>62</sup> Dieser Rechtsakt muss nach den Vorgaben des EU-Rechts ausgestaltet sein, um für öffentliche Mittel, die zur Verwendung bei der übertragenen Aufgabe gewährt werden, eine Freistellung von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV zu erreichen.<sup>63</sup>

Ob ein Betrauungsakt diese Vorgaben erfüllt, bedarf keiner Prüfung der Kommission im Vorfeld. Denkbar wäre es, eine Betrauung vor ihrer Umsetzung der Kommission vorzulegen<sup>64</sup>, doch würde dadurch das Ziel, zeitliche Verzögerungen und Aufwand für ein förmliches Notifizierungsverfahren zu vermeiden, konterkariert.

In einem Betrauungsakt muss die staatliche Stelle das Unternehmen benennen und die übertragene gemeinwohlorientierte Dienstleistung konkret beschreiben, ebenso wie die Absicht der staatlichen Stelle hierfür eine Kostenausgleichszahlung zur Verfügung zu stellen.<sup>65</sup> Nach Art 4 d) und 5 muss die Methodik, nach der dieser Kostenausgleich im Vorhinein berechnet und gewährt werden soll, im Einzelnen dargelegt werden. Schließlich ist darauf einzugehen, wie sichergestellt wird, dass dem Unternehmen nicht mehr öffentliche Mittel zur Verfügung gestellt werden, als ihm nach dieser Methodik gebühren.<sup>66</sup>

Die konkrete Form des Betrauungsaktes schreibt das EU-Recht nicht vor.<sup>67</sup> Aus den Rechtsinstituten des jeweiligen Mitgliedstaats, die geeignet sind, um die erforderlichen europarechtlichen Festlegungen zu treffen, kann die staatliche Stelle frei wählen.<sup>68</sup> Dabei ist es nicht einmal erforderlich, die Bezeichnung „Betrauungsakt“ zwingend zu verwenden<sup>69</sup>, doch erscheint dies empfehlenswert, um die europarechtliche Funktion der Aufgabenübertragung zu verdeutlichen. In einem Betrauungsakt, der sich auf das „Monti/Almunia-Paket“ stützt, muss in jedem Fall der Freistellungsbeschluss als Rechtsgrundlage ausdrücklich angegeben werden.<sup>70</sup>

Es gibt somit keinen „Standard-Betrauungsakt“. Die Kommission nennt in ihrem Leitfaden als mögliche Beispiele für Betrauungsakte

- Konzessionsverträge und öffentliche Dienstleistungsaufträge,
- Vereinbarungen zwischen der staatlichen Verwaltung und Unternehmen über die Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen,
- ministerielle Anweisungen,
- Gesetze und Verordnungen,
- jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge,

<sup>62</sup> Siehe dazu Kapitel 4 S. 68 ff./71 f.; Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29. April 2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 43 Nr. 46.

<sup>63</sup> Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 final, Art. 1 und 3.

<sup>64</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 S. 22 ff.; Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 final, Erwägungsgrund Nr. 26.

<sup>65</sup> Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 final, Erwägungsgrund Nr. 14; Art. 4a), b) und d); Mitteilung der Kommission 2012/C 8/02, Nr. 52a), b) und d) (ABl. C 8/12 vom 11. 1. 2012, S. 4).

<sup>66</sup> Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 final, Erwägungsgründe 15 ff.; Mitteilung der Kommission 2012/C 8/02, Nr. 60 f. (ABl. C 8/12 vom 11. 1. 2012), S. 4.

<sup>67</sup> Siehe Kapitel 4 S. 71 f.; Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 final Erwägungsgrund Nr. 14.

<sup>68</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29. April 2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 43, Nr. 47; siehe dazu: Anwendungshilfe des VKU, S. 19 f.

<sup>69</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29. April 2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 44, Nr. 47.

<sup>70</sup> Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 final, Erwägungsgrund Nr. 14; Art. 4f).

- Rechtsverordnungen und
- jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung.<sup>71</sup>

### PRAXISTIPP

Neben einer vertraglichen Gestaltung – durch öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Vertrag – kommt also die Betrauung durch Verwaltungsakt, durch eine (Betriebs-)Satzung oder durch einen Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit einem Beschluss der kommunalen Vertretungskörperschaft bzw. der Gesellschafterversammlung in Betracht.

Geht es um die Betrauung einer kommunalen Eigengesellschaft kann diese auch durch einen Beschluss der Stadtverordnetenversammlung (Gemeindevertretung) – oder des Magistrats (Gemeindevorstands) – in Verbindung mit einer gesellschaftsrechtlichen Weisung, die in der Gesellschafterversammlung der kommunalen Eigengesellschaft umgesetzt wird, erfolgen (sogenannte „gesellschaftsrechtliche Lösung“). In der beihilferechtlichen Praxis der Stadt Frankfurt im Verhältnis zu ihren Beteiligungsgesellschaften hat sich diese gesellschaftsrechtliche Lösung in mehreren Fällen bewährt. Für dieses Lösungsmodell sprechen insbesondere gewichtige steuerliche Erwägungen, worauf im Folgenden noch eingegangen wird. Bei der Gewährung von Haushaltsmitteln an externe Dritte (an denen die Stadt nicht gesellschaftsrechtlich oder in anderer Weise beteiligt) ist die gesellschaftsrechtliche Lösung jedoch kein geeignetes Modell, weil hier der Empfänger nicht über gesellschaftsrechtliche Instrumente von der Stadt kontrolliert werden kann, um die Wahrnehmung der gemeinwohlbezogenen Tätigkeiten sicher zu stellen.

Als rechtliche Form kommt hier neben dem (öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag) primär der Verwaltungsakt in Betracht.

### 1.3. Vorabfestlegung der geplanten Mittelgewährung

Die Höhe der Ausgleichsleistung ist *im Vorhinein aufgrund einer entsprechenden betriebswirtschaftlichen Planung festzulegen* und darf dabei unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken (Art. 5 Abs. 1 Freistellungsbeschluss). Zum Begriff des angemessenen Gewinns definiert der Freistellungsbeschluss in Art. 5 Abs. 7 Voraussetzungen<sup>72</sup>.

Gemäß Nr. 19 der Erwägungsgründe zum Freistellungsbeschluss gelten Gewinne als angemessen, die den relevanten Swap-Satz zuzüglich 100 Basispunkten nicht übersteigen. In diesem Zusammenhang wird der relevante Swap-Satz als angemessene Rendite für eine risikofreie Investition angesehen. Der Aufschlag dient unter anderem als Ausgleich für Liquiditätsrisiken im Zusammenhang mit der Bindung von Kapital für die Erbringung einer Dienstleistung während des Betrauungszeitraums (unternehmerisches Risiko).

Die Nettokosten sind gemäß Art. 5 Abs. 2 Freistellungsbeschluss die Differenz zwischen den Kosten nach Abs. 3 und den Einnahmen nach Abs. 4. Sie können jedoch auch nach der sogenannten

<sup>71</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29. April 2013, SWD(2013) 53 final/2, S.44 f.

<sup>72</sup> Siehe zu Thema Kapitel 4 S.69 f.

„Net-avoided-cost-Methode“ berechnet werden. Mit der Gegenleistung des Staates wird danach die Differenz zwischen den Nettokosten mit und den Nettokosten ohne die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ausgeglichen.

Um die Nettokosten zutreffend ermitteln zu können, muss ein betrautes Unternehmen, das nicht nur betrauten Tätigkeiten nachgeht, sondern sich noch in anderer Weise wirtschaftlich betätigt und hierdurch Aufwand (und gegebenenfalls Erträge) erzeugt, eine Trennungsrechnung führen. Das heißt der (geplante) Aufwand für die betraute Tätigkeit ist vom Aufwand für andere Tätigkeitsbereiche buchhalterisch zu trennen.

### PRAXISTIPP

Einen Sonderfall in diesem Zusammenhang stellt die *Betrauung nach der VO 1370* dar. Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs bedarf es zu einer beihilfenrechtskonformen Aufgabenübertragung eines spezialgesetzlich<sup>73</sup> geregelten „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“. Ein direkt vergebener öffentlicher Dienstleistungsauftrag gleicht in seiner Regelungsstruktur einem Betrauungsakt für eine Dawl-Tätigkeit.

Der Magistrat der Stadt Frankfurt am Main hat durch Beschluss vom September 2009 die städtische Verkehrsgesellschaft mit der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen im Schienenverkehr durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag betraut. Hierdurch wurde die Erbringung von Schienenverkehrsleistungen auf der Grundlage der EU-Verordnung VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße direkt als interne Betreiberin an die VGF vergeben.

Gleichzeitig ist die Stadt aufgrund und nach Maßgabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags berechtigt, der VGF öffentliche Mittel für den Ausgleich der Defizite, die durch die Erbringung der Schienenverkehrsleistungen entstehen, zur Verfügung zu stellen.

Den Nachweis, dass die Mittelgewährung den Vorgaben des öffentlichen Dienstleistungsauftrags entspricht, muss die VGF insbesondere durch eine jährliche Trennungsrechnung führen, aus der die geplanten Erlöse und der geplante Aufwand für den Schienenverkehr von den übrigen Tätigkeiten abgegrenzt wird. Diese Planrechnung ist ebenfalls jährlich im Nachhinein durch eine Ist-Rechnung zu überprüfen.

## 2. Berücksichtigung von steuerlichen Risiken in Zusammenhang mit Betrauungsakten

Welche Ausgestaltungsform für eine Betrauung im konkreten Fall gewählt wird, hängt von weiteren Kriterien, insbesondere von etwaigen steuerlichen Risiken, ab.<sup>74</sup>

Insbesondere ist zu bedenken, dass es sich bei einem Zuwendungsbescheid um einen Zahlungstitel handelt, der gegen die betreffende Kommune eine öffentlich-rechtliche Forderung begründet. In vielen Fällen möchte die Kommune jedoch nur zur Mittelgewährung beihilferechtlich berechtigt sein und vermeiden, dass eine Zahlungspflicht gegenüber dem Mittelempfänger entsteht.

<sup>73</sup> Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1.).

<sup>74</sup> Siehe hierzu auch Kapitel 4 S. 75 ff.



Anknüpfungspunkt aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht ist die Frage danach, ob ein „echter Zuschuss“ vorliegt, der nicht zur Umsatzsteuer führt oder ein Lebenssachverhalt als steuerbarer Leistungsaustausch einzuordnen ist. Dies kann je nach Ausgestaltung des Betrauungsakts unterschiedlich zu bewerten sein.

Dabei müssen die Anforderungen des EU-Rechts mit den steuerrechtlichen Begriffen, wie der „Zweckgebundenheit“ in Einklang gebracht werden. Eine Mittelgewährung, die zweckgebunden ist, unterliegt der Umsatzsteuer (§1 Abs. 1 Nr. 1 UStG).

Demgegenüber fordert der Freistellungsbeschluss eine möglichst konkrete Darlegung der auszugleichenden Dawl (Gegenstand und Dauer der Verpflichtung) und genaue Angaben zum Ausgleichsmechanismus (Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen<sup>75</sup>). Ohne diese konkrete Ausgestaltung wäre es der gewährenden Stelle nicht möglich ihrer Überwachungspflicht<sup>76</sup> nachzukommen. Ist die Aufgabenstellung zu ungenau, kann auch nicht überprüft werden, ob die finanziellen Mittel nur für Dawl-Aufgaben verwendet wurden. Dies hätte zur Folge, dass die gewährte Beihilfe zurückgefordert werden müsste<sup>77</sup>, bzw. gar nicht erst gewährt werden darf.

Die mit der Ausgestaltung des Betrauungsaktes verbundenen steuerlichen Risiken sind also erheblich und dürften in der Praxis eine durchaus ernst zu nehmende Relevanz haben.

Die Umsetzung des Betrauungsaktes durch Erlass eines Zuwendungsbescheids unterliegt umsatzsteuerrechtlichen Risiken in ähnlicher Weise wie ein Leistungsaustausch auf vertraglicher Ebene, was aus R 10.2 Abs. 9 der Umsatzsteuerrichtlinie der Finanzverwaltung folgt:

„Wird die Bewilligung der Zuwendungen über die allgemeinen Nebenbestimmungen hinaus mit besonderen Nebenbestimmungen verknüpft, kann ein Leistungsaustauschverhältnis vorliegen. Besondere Nebenbestimmungen sind auf den jeweiligen Einzelfall abgestellte Regelungen, die Bestandteil jeder Zuwendung sein können und im Zuwendungsbescheid oder -vertrag besonders kenntlich zu machen sind. Dort können Auflagen und insbesondere Vorbehalte des Zuwendungsgebers hinsichtlich der Verwendung des Tätigkeitsergebnisses geregelt sein, die auf einen Leistungsaustausch schließen lassen. Entsprechendes gilt für vertraglich geregelte Vereinbarungen. Denn bei Leistungen, zu denen sich die Vertragsparteien in einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet haben, liegt grundsätzlich ein Leistungsaustausch vor (vgl. BFH-Urteil vom 18. Dezember 2008, V R 38/06, BStBl 2009 II S. 749). Regelungen zur technischen Abwicklung der Zuwendung und zum haushaltsrechtlichen Nachweis ihrer Verwendung sind umsatzsteuerrechtlich regelmäßig unbeachtlich (vgl. BFH-Urteil vom 28. Juli 1994, V R 19/92, BStBl 1995 II S. 86)“.

Außerdem stellt die Umsetzung durch Zuwendungsbescheid ein erhebliches Risiko für die Fälle dar, bei denen die Mittelgewährung für defizitäre Tätigkeiten über einen steuerlichen Querverbund erfolgt.

<sup>75</sup> Beschluss der Kommission vom 20.12.2011, K(2011) 9380 final, Art. 4 und 5; Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 43, Nr. 46; Mitteilung der Kommission 2012/C 8/02, Nr. 51 ff. (ABl. C 8 vom 11.01.2012, S. 12).

<sup>76</sup> Beschluss der Kommission vom 20.12.2011, K(2011) 9380 final, Art. 6; Mitteilung der Kommission 2012/C 8/02, Nr. 49. (ABl. C 8 vom 11.01.2012 S. 20).

<sup>77</sup> Beschluss der Kommission vom 20.12.2011, K(2011) 9380 final, Art. 6 Abs. 2.

Der Verwaltungsakt kommt als Betrauungsform daher allenfalls gegenüber nicht kommunalen Unternehmen und Mittelempfängern in Betracht, die auch bislang schon öffentliche Mittel über Zuwendungsbescheide erhalten haben.

Da auch die Finanzbehörden der verschiedenen Bundesländer die Frage nach der Steuerbarkeit der Rechtsakte unterschiedlich handhaben, wird eine Empfehlung zusätzlich erschwert. Auch wenn bereits Zuwendungen teilweise als „echte Zuwendungen“ durch die Finanzverwaltung eines Bundeslandes qualifiziert wurden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich eine ebenso bereits verfolgte schärfere Sichtweise (insbesondere im Rahmen einer Bund-Länder-Abstimmung) durchsetzt. In diesem Fall wären auch hessische Konstellationen betroffen.

Die (erfolgreiche) Einholung einer verbindlichen Auskunft der zuständigen Finanzbehörde (§ 89 Abs. 2 Abgabenordnung) bietet Schutz gegen die aufgezeigten steuerlichen Risiken. Die verbindliche Auskunft wird von der Finanzverwaltung jedoch nur erteilt, wenn es sich um konkret geplante aber noch nicht verwirklichte Maßnahmen handelt. Hier besteht das Problem, dass es bei der Bezuschussung von Daseinsvorsorgeaufgaben um eine seit langem geübte Praxis geht. Daher ist es nicht immer praktikabel, eine verbindliche Auskunft einzuholen.

Auch aus Sicht des Ertragssteuerrechts besteht das Risiko, dass eine Betrauung (oder ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne der VO 1370/2007) und die mit ihr verbundene Mittelgewährung für defizitäre Tätigkeiten als vertragsähnliches Verpflichtungsgeschäft angesehen wird. Zwar begründet die schlichte Ausübung eines Dauerverlustgeschäfts keine verdeckte Gewinnausschüttung (§ 8 Abs. 7 KStG). Das ist aber anders, wenn zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Anteilseigner ein Vertragsverhältnis über wechselseitige Leistungen vorliegt, bei dem der Anteilseigner keine kostendeckende Gegenleistung erbringt. In Strukturen mit einer steuerlichen Organschaft stellt sich zudem ein Problem, das sich aus den Überkompensationsregelungen ergibt, die für Betrauungsakte stets gefordert werden. Insofern kann problematisch sein, ob der betreffende Ergebnisabführungsvertrag als durchgeführt angesehen werden kann.

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn innerhalb des Stadtkonzerns über Ergebnisabführungsverträge, die bei einer Gesellschaft mit Holding-Funktion gebündelt werden, ein steuerlicher Querverbund (§§ 4 Abs. 6, 8 Abs. 7-9, 15 KStG) besteht. Dieser weist eine große kommunale Praxisrelevanz, aber auch beihilferechtliche Risiken auf.

Die Ausgestaltung mittels Zuwendungsbescheid kann in vielen kommunalen Gesellschaften zu einer akuten Gefährdung des dort bestehenden steuerlichen Querverbunds führen, da sie den Verlust des Unternehmens mindert, der dann nicht mehr für die steuerreduzierende Verrechnung mit Gewinnen anderer Sparten/ Konzerngesellschaften zur Verfügung steht.

Zum anderen muss bei einer Querverbandsfinanzierung durch Trennungsrechnung der Nachweis geführt werden können, dass die Verluste auch tatsächlich durch die Erfüllung von Dwl-Aufgaben entstanden sind.

### **3. Betrauungsmodelle in der Frankfurter Praxis**

Geht es um die Betrauung einer kommunalen Eigengesellschaft, kann diese auch durch einen Beschluss der Stadtverordnetenversammlung (Gemeindevertretung) - oder des Magistrats (Gemeindevorstands) - in Verbindung mit einer gesellschaftsrechtlichen Weisung, die in der Gesellschafter-

versammlung der kommunalen Eigengesellschaft umgesetzt wird, erfolgen (sogenannte „gesellschaftsrechtliche Lösung“).

#### **PRAXISTIPP**

In der beihilferechtlichen Praxis der Stadt Frankfurt am Main hat sich die oben dargestellte „gesellschaftsrechtliche Lösung“ als bewährtes Standardmodell für die beihilferechtlichen Gestaltungen, in denen es um die Finanzierung von städtischen Beteiligungsgesellschaften geht, erwiesen. Für dieses Lösungsmodell sprechen insbesondere die zuletzt dargelegten steuerlichen Erwägungen.

Bei der Gewährung von Haushaltsmitteln an externe Dritte geht es um Empfänger, an denen die Stadt nicht gesellschaftsrechtlich oder in anderer Weise beteiligt ist. Hier ist gesellschaftsrechtliche Lösung kein geeignetes Modell, weil der Mittelempfänger nicht über gesellschaftsrechtliche Instrumente von der Stadt kontrolliert werden kann, um die Wahrnehmung der gemeinwohlbezogenen Tätigkeiten sicher zu stellen. Diese Kontrolle muss auf andere Weise bewirkt werden.

#### **PRAXISTIPP**

Als rechtliche Form kommt hier neben dem (öffentlich- rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag) primär der Verwaltungsakt in Betracht. Die Beziehungen zwischen Stadt und Empfänger sind hier meist weniger komplex und von geringerem wirtschaftlichem Gewicht, so dass die steuerlichen Risiken weniger ins Gewicht fallen. Insbesondere kann in diesen Fällen keine Gefährdung des im Stadtkonzern bestehenden steuerlichen Querverbands eintreten.

Wenn man sich in diesen Fällen für den Zuwendungsbescheid als Grundlage der Mittelgewährung entscheidet, ist es wichtig, dabei nicht nur die zuwendungsrechtlichen, sondern auch die beihilferechtlichen Vorgaben einzuhalten. Soll durch den Bescheid zugleich eine Betrauung mit einer DAWI-Tätigkeit erfolgen, müssen die Regelungen des DAWI-Freistellungsbeschluss umgesetzt werden. Dazu gehört insbesondere eine klare Umschreibung der DAWI-Tätigkeit. Auch ist daran zu denken, einem Empfänger, der sich abgesehen von dem betrauten Bereich wirtschaftlich betätigt, gegebenenfalls die Führung einer Trennungsrechnung aufzugeben.

#### **4. Sonderfall 1: Beihilfen, die nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung zu bewerten sind**

Die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)<sup>78</sup> ist eine Durchführungsverordnung im Sinne der Art. 109 und 288 AEUV und als solche Bestandteil des europäischen Sekundärrechts. In ihr werden Rahmenbedingungen definiert, innerhalb derer die Mitgliedstaaten auch ohne vorherige Notifizierung Beihilfen gewähren können. Sie beinhaltet die umfassendste Sammlung von Ausnahmetatbeständen zum grundsätzlichen Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV für ganz unterschiedliche Bereiche des Wirtschaftslebens.

<sup>78</sup> Siehe zur AGVO Kapitel 3 S. 48 ff.; Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 (ABl. L 187 vom 26. 6.2014 S. 1).

Am 01. Juli 2014 trat die neu überarbeitete AGVO in Kraft, die zunächst bis zum 31. Dezember 2020 gilt. Darin wurde die Freistellung von Beihilfen von der Notifizierungspflicht deutlich ausgeweitet. Weil für die freigestellten Tätigkeiten auch keine Betrauung erforderlich ist, führt die Neufassung zu einer spürbaren Vereinfachung und Vereinheitlichung des Beihilferechts. Für die jeweilige Beihilfeart gelten unterschiedliche Schwellenwerte (Art. 4 AGVO). Sie sind in der neuen Fassung teils in erheblichem Umfang angehoben worden, was eine Mittelgewährung erheblich erleichtert. Die Kumulierung von verschiedenen Beihilfen ist weiterhin unter den Voraussetzungen des Art. 8 AGVO möglich.

Die unter die AGVO fallenden Beihilfen dürfen zwar ohne vorherige Notifizierung gewährt werden, sie müssen dazu jedoch den Anforderungen entsprechen, was von der Kommission kontrolliert werden kann.

Dass gewisse Mittelgewährungen von der Notifizierungspflicht freigestellt sind, beinhaltet im Umkehrschluss aber auch die Bestätigung, dass die in der AGVO umschriebenen Sachverhalte den Beihilfentatbestand erfüllen. Das gilt zum Beispiel für die Förderung kultureller Einrichtungen und seien deren Bestände oder Angebote auch von höchstem kulturellem Wert. Theater, Museen oder kulturelle Veranstaltungshäuser kommen also am Beihilfenrecht nicht vorbei. Um eine Rechtswidrigkeit zu vermeiden, müssen diese Beihilfen also entweder die Voraussetzungen und Formalitäten einer Freistellungsregelung erfüllen oder ein Notifizierungsverfahren durchlaufen.

Die AGVO gilt in allen Wirtschaftsbereichen mit Ausnahme der in Art. 1 Nr. 2-5 AGVO genannten. Sie umfasst nunmehr zwölf statt bisher neun Beihilfegruppen, die sich wiederum in mehrere Beihilfekategorien unterteilen.

Erlaubt sind gemäß Art. 5 AGVO nur transparente Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent sich im Voraus genau berechnen lässt, wie beispielsweise Zuschüsse. Entsprechend nicht erlaubt sind nicht transparente Beihilfen, wie Risikokapitalbeihilfen. Dabei werden nach Art 6 AGVO nur Beihilfen erfasst, die einen sogenannten „Anreizeffekt“ haben. Ein solcher liegt vor, wenn der Beihilfeempfänger vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben oder die Tätigkeit einen schriftlichen Beihilfeantrag in dem betreffenden Mitgliedstaat gestellt hat. Diese neue Definition des Anreizeffekts hat einen wesentlichen Vorteil gegenüber der alten Fassung<sup>79</sup>. Früher wurde zunächst nach Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU) und Großunternehmen unterschieden. Beihilfen an KMU hatten einen Anreizeffekt, wenn der Beihilfeantrag vor Beginn des Vorhabens gestellt wurde. Für Großunternehmen galt zudem, dass sie diesen Anreizeffekt „durch Unterlagen nachweisen“ mussten. Wie dies in der Praxis gelingen sollte, war offen geblieben und stellte sich als praxisuntauglich heraus. Hier hat die Kommission entsprechend reagiert und eine einheitliche Regelung geschaffen, die keinen Nachweis mehr verlangt.

Gemäß Art. 10 AGVO hat sich die Kommission weiterhin Sanktionsmöglichkeiten vorbehalten, falls ein Staat gegen die Voraussetzungen der AGVO verstößt. So kann sie dem Mitgliedstaat im schlimmsten Fall das Privileg von der Freistellung des Art. 108 Abs. 3 AEUV entziehen und beschließen, dass dieser Staat zukünftig alle Beihilfen anmelden muss, auch wenn diese eigentlich in den Anwendungsbereich der AGVO fallen würden.

---

<sup>79</sup> Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 06. August 2008.

Die in der alten Fassung verankerten „Verfahrensgrundsätze“ der Transparenz (Art. 9 AGVO a. F.), der Beihilfenkontrolle (Art. 10 AGVO a. F.), sowie der Berichterstattung (Art. 11 AGVO a. F.) sind ebenfalls in der neuen Fassung an anderer Stelle wieder zu finden. Gemäß Art. 11 a) AGVO muss innerhalb von 20 Tagen nach Gewährung einer Beihilfe ein Kurzbericht an die Kommission übermittelt werden. Unterlagen, die zur Gewährung einer Beihilfe angelegt wurden, sind in ausführlicher Form zehn Jahre aufzubewahren und auf Verlangen der Kommission vorzulegen (Art. 12 AGVO). Zudem ist ein Jahresbericht vorzulegen (Art. 11 b) AGVO).

Zu den Regelungsgegenständen der AGVO zählen etliche Beihilfearten, die für die kommunale Praxis von großer Relevanz sind. Zuschüsse für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes<sup>80</sup>, für Sportinfrastrukturen und für „lokale“ Infrastrukturen sind hier als erstes zu nennen.<sup>81</sup> Aber auch Beihilfen zur Bewältigung der Folgen von Naturkatastrophen, Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen, Umweltschutzbeihilfen und weitere Beihilfen mit sozialer Zielsetzung bieten Anwendungsfälle im kommunalen Bereich.

## 5. Sonderfall 2: Sogenannte De-minimis-Beihilfen

Eine der wohl wichtigsten Ausnahmen von der vorherigen Notifizierungspflicht stellen für die kommunale Entscheidungspraxis Beihilfen dar, die nach den Regeln der sogenannten de-minimis-Vorschriften zu bewerten sind. Dies gilt vor allem bei der Bezuschussung externer Dritter, weil hier viele Vereine und freie Träger Zuschussbeträge erhalten, die unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte liegen. Leider wird dabei oft übersehen, dass noch weitere Vorgaben eingehalten werden müssen.

Auch im Bereich der städtischen Beteiligungsgesellschaften gibt es – vor allem wenn sie DAWI-Tätigkeiten erfüllen – durchaus Fälle von Kleinbeihilfen.

Die Kommission hat zwei De-Minimis-Verordnungen erlassen, die für verschiedene Bereiche gelten und sich teilweise überschneiden können.

### 5.1. De-Minimis-Verordnung 2014

Die De-Minimis-Verordnung<sup>82</sup> legt den Schwellenwert fest, bis zu dem Beihilfen als Maßnahmen angesehen werden, die nicht alle Merkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen und daher nicht dem Anmeldeverfahren unterliegen.

Am 01. Januar 2014 trat die neue De-Minimis-Verordnung in Kraft, für die eine Geltungsdauer bis zum 31. Dezember 2020 vorgesehen ist.

Danach darf die Summe der einem Unternehmen gewährten De-Minimis-Beihilfen innerhalb des laufenden und der letzten zwei Kalenderjahre – ebenso wie nach der Vorgängerregelung<sup>83</sup> – bis zu 200.000 Euro (100.000 Euro im Straßengüterverkehrsgewerbe) betragen.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Siehe zur Kulturförderung Kapitel 3 S. 50 f. zur Sportförderung Kapitel 3 S. 52 f. und zur Infrastrukturförderung Kapitel 3 S. 51 f.

<sup>81</sup> Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014, Art. 1.

<sup>82</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-Minimis-Beihilfen (ABl. L 352 vom 24. 12. 2013 S. 1). Siehe dazu Kapitel 5 S. 86.

<sup>83</sup> Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen (ABl. L 379 vom 28. 12. 2006 S. 5).

<sup>84</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013, Art. 3.

Daraus folgt, dass nach den neuen De-Minimis-Schwellen Fördermittel in Höhe von knapp 67.000,00 Euro pro Jahr keine Beihilfe darstellen. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Empfänger, die regelmäßig mehr als 67.000,00 Euro pro Jahr erhalten, zwingend darauf hin geprüft werden müssen, ob sie im beihilferechtlichen Sinne Marktakteure sind. Handelt es sich um Organisationen, die Gemeinwohlaufgaben erfüllen, kann die höhere Bagatellschwelle der Dawl-De-Minimis-Verordnung<sup>85</sup> eingreifen.

Um eine De-Minimis-Beihilfe zu gewähren sind neben der Einhaltung der Schwellenwerte<sup>86</sup>, weitere Prüfungen vorzunehmen und Dokumentationspflichten zu wahren.

Gemäß Art. 6 muss der Mitgliedstaat dem Unternehmen schriftlich die voraussichtliche Höhe der Beihilfe (Bruttosubventionsäquivalent) mitteilen und ausdrücklich unter Verweis auf die Verordnung mit Angabe ihres Titels und der Fundstelle im Amtsblatt der EU daraufhin weisen, dass es sich um eine De-Minimis-Beihilfe handelt. Er darf die Beihilfe nach Art 6 Abs. 1 erst dann gewähren, wenn das Unternehmen eine schriftliche oder elektronische Erklärung darüber abgegeben hat, welche anderen De-Minimis-Beihilfen es in den letzten drei Steuerjahren (inklusive des laufenden Steuerjahres) erhalten hat. Dies gilt nach Art. 6 Abs. 2 nicht, wenn der Mitgliedstaat über ein Zentralregister von gewährten De-Minimis-Beihilfen verfügt, soweit der betroffene Zeitraum abgedeckt ist. Zudem darf er nach Art. 6 Abs. 3 die Beihilfe nur gewähren, wenn er sichergestellt hat, dass alle Voraussetzungen der Verordnung, insbesondere die Einhaltung der Höchstintensitäten, gewahrt sind.

Der Mitgliedstaat muss gemäß Art 6 Abs. 4 zudem alle Unterlagen mindestens 10 Jahre aufbewahren, die dem Nachweis einer De-Minimis-Beihilfe dienen. Auf Verlangen der Kommission legt er nach Art. 6 Abs. 5 innerhalb von 20 Arbeitstagen alle Informationen vor, die die Kommission benötigt, um die Einhaltung der Verordnungsvorgaben überprüfen zu können.

## 5.2. Dawl-De-Minimis-Verordnung 2012

Die Dawl-De-Minimis-Verordnung<sup>87</sup> regelt die Voraussetzungen, unter denen Zuwendungen für die Erbringer von Dawl-Aufgaben<sup>88</sup> aufgrund der nur geringen Höhe nicht als staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV gelten.

Die Verordnung gilt in allen Wirtschaftsbereichen, mit Ausnahme der in Art. 1 Abs. 2 a) bis h) genannten.

Die Schwellenwerte sind in Art. 2 genauer definiert. Im Falle eines Barzuschusses darf der Gesamtbetrag einer De-Minimis-Beihilfe in drei Steuerjahren 500.000Euro (brutto) nicht übersteigen. Wird die Beihilfe nicht als Barzuschuss gewährt, entspricht der Beihilfewert nach Art 2 Abs. 3 dem Bruttosubventionsäquivalent.

<sup>85</sup> Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, K(2011) 9380 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (ABl. L 7 vom 11. 1. 2012, S. 3).

<sup>86</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-Minimis-Beihilfen (ABl. L 352 vom 24. 12. 2013, S. 1).

<sup>87</sup> Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-Minimis*-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen (ABl. L 114 vom 26. 4. 2012 S. 8).

<sup>88</sup> Zum Dawl-Begriff siehe S. 102 und Kapitel 4 S. 67 ff.



Auch diese Verordnung gilt gemäß Art 2 Abs. 4 nur für transparente Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist.

De-Minimis-Beihilfen nach dieser Verordnung dürfen nach Art. 2 Abs. 6, 7 und 8 nicht mit anderen Beihilfen kumuliert werden, wenn dadurch die Höchstintensität überschritten wird. Bis zu diesem Betrag ist eine Kumulierung möglich. Sie können aber nicht mit Ausgleichsleistungen für dieselbe Dawl kumuliert werden, unabhängig davon, ob es sich bei dem Ausgleich um eine staatliche Beihilfe handelt oder nicht.

Beabsichtigt ein Mitgliedstaat einem Unternehmen, das mit Dawl betraut ist, eine De-Minimis-Beihilfe zu gewähren, sind die Pflichten der Bewilligungsbehörde sowie des Beihilfeempfängers zu beachten, die in Art. 3 geregelt sind und die der Kommission eine Überwachung ermöglichen sollen.

Diese Verordnung gilt seit dem 29. April 2012 und zwar zunächst bis zum 31. Dezember 2018.

### **III. Laufende Umsetzungskontrolle (insbesondere Reporting und Überkompensationskontrolle)**

Damit Finanzierungsmaßnahmen zugunsten einer Dawl-Tätigkeit (oder als Sonderfall für eine ÖPNV-Verkehrsleistung) von der Notifizierung freigestellt sind, muss unter anderem durch eine nachträgliche Kontrolle sichergestellt werden, dass der Empfänger nicht mehr öffentliche Mittel erhalten hat als ihm aufgrund der Betrauung zustehen. Zunächst muss also die Betrauung (oder der öffentliche Dienstleistungsauftrag) entsprechende Kontrollregelungen enthalten. Sodann müssen diese Kontrollen in der Folgezeit auch durchgeführt werden, damit die Freistellungswirkung erhalten bleibt. Eine derartige „Überkompensationskontrolle“ muss zumindest alle drei Jahre bzw. zum Ende des Betrauungszeitraums erfolgen.

#### **PRAXISTIPP**

Diese Pflicht zur Kontrolle und zu einer dazugehörigen Dokumentation trifft die beihilfegebende Stelle, also die jeweilige Kommune – und in größeren Verwaltungseinheiten dezentralisiert, wenngleich mit koordinierender Begleitung und Beratung zentral durch das Dezernat Finanzen –, die jeweiligen Ämter, Betriebe, Unternehmungen und Fachdezernate, weil nur dort die notwendige unmittelbare Fachkenntnis zu den Hintergründen, konkreten Sachverhalten, den Rechnungsgrundlagen und den Zielen der Förderpraxis vorhanden ist.

Gegenstand der Kontrolle sollte sein, ob die von Kommission vorgegebene Nettokostenmethode in allen Punkten eingehalten wurde. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob eine erforderliche Trennungsrechnung durchgeführt wurde, das heißt ob der (geplante) Aufwand für die betraute Tätigkeit vom Aufwand für andere Tätigkeitsbereiche buchhalterisch klar getrennt geführt wird.

Wird eine Überkompensation festgestellt, ist der Überbetrag zurückzufordern. Nur durch eine konsequente Kontrolltätigkeit kann eine Situation vermieden werden, in der die Stadt von ihrer Beteiligungsgesellschaft zu viel gezahlte öffentliche Mittel zurückfordert, denn hierdurch würde eine sehr schwierige Situation entstehen: Da eine Gesellschaft, die eine dauerdefizitäre Aufgabe wahrnimmt,

permanent auf den Zufluss öffentlicher Mittel angewiesen ist, würde es ihr sehr schwerfallen einen solchen Rückforderungsbetrag bereitzustellen. In der Folge entstünde möglicherweise ein Zwang zur beihilferechtlichen Notifizierung. Bei einem negativen Ausgang des Verfahrens müssten die gewährten Mittel unverzüglich zurückgefordert werden. Verschärfend kommt hinzu, dass sich die Pflicht, rechtswidrig gewährte Beihilfen zurückzufordern, auf den zurückliegenden Zehnjahreszeitraum erstreckt. Daraus kann für die betroffene Gesellschaft sehr schnell eine existenzbedrohende Situation entstehen.

Wird in einer solchen Lage erwogen, das Unternehmen durch finanzielle Unterstützung vor dem Ruin zu bewahren, muss man sich klar machen, dass solchen Maßnahmen das Beihilfenverbot in aller Regel ebenfalls entgegensteht. Ein Nachschießen von Unterstützungsleistungen ist also ebenfalls untersagt, was vor allem die politischen Entscheidungsträger bei ihren Beschlüssen berücksichtigen müssen.

Zwar mag man sich damit zu trösten versuchen, dass der Mittelrückfluss in eine kommunale Kasse wandere, doch kann der Schaden finanziell erheblich sein (Kosten eines Insolvenzverfahrens und der damit möglicherweise verbundenen Zerschlagung von Vermögen) und auch auf politischer Ebene gravierend negative Folgen haben (Verlust von Arbeitsplätzen und eines politisch gewollten Aufgabenträgers). Unangenehm können auch die Folgen für die verantwortlichen Entscheidungsträger sein, denn die Grundzüge des Beihilfenrechts werden vom Bundesgerichtshof als kaufmännisches Basiswissen eingeordnet<sup>89</sup>. Fehlerhaftes Verhalten in diesem Bereich kann also zu Haftungs- und Regressfällen führen. Wird vorsätzlich – also sehenden Auges – gehandelt, können auch strafrechtliche Konsequenzen drohen<sup>90</sup>.

Liegt die Überkompensation nicht über 10 % des durchschnittlichen jährlichen Ausgleichs, kann die Zahlung auf den nächsten Zeitraum übertragen und angerechnet werden. Durch eine saldierende Betrachtung eines zusammenhängenden Dreijahreszeitraums kann der Nachweis erbracht werden, dass insgesamt kein Übermaß an öffentlichen Mitteln eingesetzt wurde, sofern die jährliche Überschreitung nicht 10 % des durchschnittlichen Jahresausgleichsbetrags überschreitet.

Gleichwohl sollten alle Bemühungen darauf gerichtet sein, dass nach Möglichkeit in keinem Wirtschaftsjahr eine (wesentliche) Überkompensation entsteht.

Deswegen ist es ratsam den geplanten Mittelverbrauch dem tatsächlichen Mitteleinsatz nicht erst am Ende eines Wirtschaftsjahrs gegenüberzustellen.

#### **PRAXISTIPP**

Die Stadt Frankfurt am Main hat sich daher dafür entschieden, mit ihren betrauten Beteiligungsgesellschaften eine Berichterstattungspraxis einzurichten, bei der mehrmals jährlich die Höhe der bereits verbrauchten Finanzmittel gemeldet und die voraussichtlich benötigten Gelder prognostiziert werden („Quartalsreporting“). Auf diese Weise ist es möglich, auch unterjährig auf Fehlentwicklungen zu reagieren.

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 20. Januar 2004 – XI ZR 53/03 –, Juris, Rn 21: Einem sorgfältigen Kaufmann sei es regelmäßig möglich und zuzumuten ist, sich der Einhaltung der Beihilfavorschriften zu vergewissern. BVerwGE 92, 81, 86). Siehe hierzu Kapitel 1 S. 26 f., Kapitel 7 S. 127 ff.

<sup>90</sup> Dazu eingehend: Christian Koenig, Matti Meyer in „EU-Beihilfenkontrolle und nationales Strafrecht“, NJW 2014, 3547-3552 insbesondere zum Tatbestand der sog. „Haushaltsuntreue“ im Sinne des § 266 StGB.

Für das vorgesehene Reporting ist – nach den Vorgaben der Betrauungen, wie sie von der Stadt Frankfurt am Main in der Regel ausgestaltet werden – entsprechend dem Wirtschaftsplan die Struktur der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung zugrunde zu legen. Dabei ist jeweils der Ist-Ausgleich nach dem aktuellen Stand des Quartals abzubilden und daraus eine Hochrechnung für das Wirtschaftsjahr abzuleiten, die dem geplanten Soll-Ausgleich gegenüberzustellen. In diesem Zusammenhang können auch Gründe für eine bestimmte Entwicklung und gegensteuernde Maßnahmen dargelegt werden.

Auch bei der Gewährung von Mitteln an externe Dritte muss sich die Stadt als Beihilfegeber durch geeignete Maßnahmen davon überzeugen, dass die beihilferechtlich gebotene Nettokostenmethode richtig angewendet wurde. Dies geschieht am einfachsten durch einen Verwendungsnachweis, der auch belegt, dass etwaige Erträge, die durch die geförderte Tätigkeit erzielt wurden mit den Aufwendungen der Tätigkeit saldiert wurden. Bei Mittelempfängern mit anderweitigen wirtschaftlichen Aktivitäten sollte sich die Stadt zudem die Durchführung einer ordnungsgemäßen Trennungsrechnung nachweisen lassen.

#### **IV. Rückforderung von unrechtmäßig gewährten oder nicht rechtmäßig verwendeten Beihilfen**

##### **1. Rechtsgrundlagen**

Zwar hat die EU eine Vielzahl von materiellen Vorschriften bezüglich des grundsätzlichen Beihilfenverbots, bzw. der Ausnahmen von diesem erlassen, für die Rückforderung etwaiger rechtswidriger Beihilfen existieren bis auf wenige Ausnahmen jedoch keine unionsrechtlichen Regelungen.<sup>91</sup>

Die Rückforderung erfolgt daher grundsätzlich nach dem nationalen Recht<sup>92</sup>, in Deutschland also vor allem nach den §§ 48, 49 und 49a VwVfG, wenn die Beihilfe auf Grundlage eines Zuwendungsbescheids (Verwaltungsakt) gewährt wurde, weshalb diese Möglichkeit insbesondere für den gesamten Förderbereich des Kernhaushaltes relevant ist, in dessen Rahmen – auch hinsichtlich etwaiger Betrauungsakte – der Verwaltungsakt das Mittel der Wahl einer beihilferechtlichen Beordnung ist.

Die Rückforderung bedarf dabei einer vorherigen Zurücknahme des Bewilligungsbescheids. Allerdings müssen diese Vorschriften modifiziert werden, um den europarechtlichen Besonderheiten zu genügen.<sup>93</sup> Dies betrifft insbesondere diejenigen Regelungen, die zu einer Einschränkung der europarechtlich gebotenen Rücknahme führen würden. Die nationalen Regelungen dürfen die Durchführung der Rücknahme also nicht praktisch unmöglich machen.<sup>94</sup>

Denn wäre es einem Mitgliedstaat möglich sich aufgrund seiner organisatorischen Besonderheiten auf die absolute Unmöglichkeit der Rückforderung hinsichtlich der nationalen Modalitäten zu berufen (beispielsweise Verjährung), könnte er (bewusst) ein Verfahren wählen, dessen Durchführung

<sup>91</sup> Siehe zu diesem Thema auch Kapitel 1 S. 23 ff. und Kapitel 5 S. 74 f.; Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 12.

<sup>92</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 12.; EuGH, Urteil vom 20. März 1997, C-24/95, Leitsatz; NJW 1993, 2764 „Rücknahme einer gemeinschaftsrechtswidrigen Investitionszulagebescheinigung“.

<sup>93</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 12 f..

<sup>94</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 8; EuGH, Urteil vom 20. März 1997, C-24/95, Leitsatz, Rn. 24 m.w.N., 37; NJW 1993, 2764.

sich als unmöglich erweist und sich dann darauf berufen, er sei von seiner Verpflichtung zur Rückforderung befreit.<sup>95</sup>

Normative Grundlage für die Anpassung des nationalen Rechts ist Art. 4 Abs. 3 EUV und das daraus abgeleitete Gebot des „effet utile“. Danach muss die gleichmäßige Durchsetzbarkeit des Europarechts in allen Mitgliedstaaten gewährleistet sein.<sup>96</sup>

## 2. Rückforderungsverfahren, Zuständigkeiten

Bei dem nationalen Rückforderungsverfahren wird zunächst danach unterschieden, ob der Gewährung der Beihilfe, die nun zurückgefordert werden muss, ein Aufsichtsverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV vorangegangen ist. Denn entscheidet die Kommission selbst über die Rechtswidrigkeit, also die Rückforderung der Beihilfe, ist diese Entscheidung für die zuständige Behörde des Mitgliedstaates bindend.<sup>97</sup> Das in § 48 Abs. 1 VwVfG vorgesehene Ermessen ist demnach auf Null reduziert und die Rolle der nationalen Behörde beschränkt sich auf die Durchführung der Entscheidung der Kommission.<sup>98</sup>

Zudem ist das Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme im Rahmen der Abwägung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG grundsätzlich minder gewichtig, wenn die Beihilfe ohne vorheriges Anmeldeverfahren durchgeführt wurde.<sup>99</sup> Denn das Interesse der Gemeinschaft muss in vollem Umfang berücksichtigt werden.<sup>100</sup>

Vertrauensschutzgesichtspunkte des Beihilfenempfängers, die auch zu den Grundsätzen des EU-Rechts<sup>101</sup> gehören, werden dabei bereits auf Entscheidungsebene der Kommission berücksichtigt. Dem Beihilfenempfänger steht als Rechtsschutzmöglichkeit der Klageweg (Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263, 256 AEUV) zum EuG offen.<sup>102</sup> Im Rahmen des nationalen Rückabwicklungsverfahrens ist für den Vertrauensschutz im Sinne des § 48 Abs. 2 VwVfG somit quasi kein Raum mehr.<sup>103</sup> Zudem bestehen hohe Anforderungen an die Sorgfaltsmaßstäbe. Unternehmen haben sich danach im Vorfeld eigenständig zu informieren, ob eine Beihilfe europarechtskonform ist. Vergewissert sich ein Unternehmen nicht, dass eine Zuwendung unter Beachtung des Art. 108 Abs. 2 AEUV gewährt wird, handelt es in der Regel grob fahrlässig und genießt demnach keinen Vertrauensschutz.<sup>104</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der Mitgliedstaat für die Rechtswidrigkeit des Zuwendungsbescheids selbst in einem solchen Maß verantwortlich ist, dass seine Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint.<sup>105</sup>

---

<sup>95</sup> EuGH, Urteil vom 20. März 1997, C-24/95, Rn. 17.

<sup>96</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 8.

<sup>97</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 13, 151.

<sup>98</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 13, 79; EuGH, Urteil vom 20. März 1997, C-24/95, Leitsatz, Rn. 34.

<sup>99</sup> NJW 1993, 2764; BVerwG, Urteil vom 17. Februar 1993 – 11 C 47/92;

<sup>100</sup> EuGH, Urteil vom 20. März 1997, C-24/95, 1. Leitsatz, Rn. 24 m.w.N.

<sup>101</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, Einf. II Rn. 49, § 48 VwVfG Rn. 8a, 126; Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 695/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages; EuGH NVwZ 1990, 1161.

<sup>102</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 13, 151.

<sup>103</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 13.

<sup>104</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 126; NJW 1998, 47; EuGH, Urteil vom 20. März 1997 – Rs. C-24/95, Rn. 25 m.w.N.

<sup>105</sup> EuGH, Urteil vom 20. März 1997, C-24/95, Leitsatz, Rn. 41.

Die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG findet aus Effektivitätsgründen im Rahmen der Rückforderung von Beihilfen ebenfalls keine Anwendung.<sup>106</sup>

Anders liegt der Fall, wenn kein vorheriges Aufsichtsverfahren vorgesehen ist.<sup>107</sup> §§ 48, 49 a VwVfG sind dann grundsätzlich ohne Modifikationen anwendbar. Allerdings besteht auch hier die Besonderheit, dass bei der Abwägung des öffentlichen Interesses an der Rückforderung und dem Interesse des Begünstigten in den Bestand des Verwaltungsakts, das öffentliche Interesse an der einheitlichen und wirksamen Durchsetzung des Europarechts in der Regel gewichtiger ist.<sup>108</sup>

Die Rückforderung hat in beiden Varianten durch den Mitgliedstaat sofort und tatsächlich zu erfolgen.<sup>109</sup> Der Umfang der Erstattung sowie die Höhe und Geltendmachung der Zinsen ergibt sich hierbei aus § 49a VwVfG, insbesondere unter analoger Heranziehung der Vorschriften aus §§ 812 ff. BGB. Da es sich bei der Entscheidung über die Rücknahme eines Verwaltungsaktes weiterhin um ein neues eigenständiges Verwaltungsverfahren (Rücknahmeverfahren) handelt und die Rücknahmeentscheidung selbst ebenfalls einen Verwaltungsakt darstellt (auch wenn diese Entscheidung von der Kommission getroffen wird und von den nationalen Behörden lediglich ausgeführt wird) gelten für die Zuständigkeiten, sowie für das Verfahren auch die allgemeinen Regeln (sowie die beschriebenen Modifikationen durch das Europarecht). § 48 Abs. 5 VwVfG stellt dies für die örtliche Zuständigkeit der Behörde klar.<sup>110</sup> Somit ist grundsätzlich die Ausgangsbehörde, die den Zuwendungsbescheid erlassen hat, auch für die Rücknahme zuständig, sowie die Widerspruchsbehörde, solange ein etwaiger Widerspruchsbescheid noch nicht unanfechtbar geworden ist.<sup>111</sup>

### **3. Automatische Rückzahlungsverpflichtung bei Überkompensation im Wege einer auflösenden Bedingung**

Eine besondere Konstellation kann sich im Zusammenhang mit der Gewährung von Beihilfen an Dawl-Unternehmen ergeben. Hier kann es unter Umständen sinnvoll sein den Zuwendungsbescheid mit einer Nebenbestimmung im Sinne des § 36 VwVfG zu versehen. Denn die Maßnahmen zur Vermeidung der Überkompensation sind bereits im Betrauungsakt festzulegen.<sup>112</sup> Die Nebenbestimmung könnte hier als automatische Rückzahlungsverpflichtung (§ 49 a VwVfG) bei einer Überkompensation, infolge von Mehreinnahmen oder Minderausgaben, in Form einer auflösenden Bedingung hinzugefügt werden.

Der Eintritt der Bedingung führt dann dazu, dass die auf Basis eines Rechtsgrunds (Zuwendungsbescheid) gewährte Leistung rückwirkend rechtsgrundlos wird<sup>113</sup>, so dass ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch ausgelöst wird (vgl. § 49a Abs. 1 VwVfG).<sup>114</sup>

---

<sup>106</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 13, 151.

<sup>107</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 151.

<sup>108</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 VwVfG Rn. 14, 100.

<sup>109</sup> Art. 14 Abs. 3 der VO EG Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages.

<sup>110</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 Rn. 162 f.

<sup>111</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 48 Rn. 164.

<sup>112</sup> Vergleiche S. 111 ff. Siehe auch Kapitel 4 S. 70.

<sup>113</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 36 Rn 19.

<sup>114</sup> BeckOK VwVfG, Stand 01. Oktober 2014, § 36, Rn. 41.

Tritt also einer der beiden Fälle einer Überkompensation ein, so bedarf es keines weiteren Verwaltungsaktes mehr, um die Rückzahlungspflicht des begünstigten Unternehmens zu begründen. Die Rückzahlungspflicht entsteht vielmehr kraft Gesetzes.<sup>115</sup>

### PRAXISTIPP

Die Bedingung muss dabei hinreichend bestimmt sein, da ansonsten rechtliche Unsicherheit darüber entsteht, ob die Rechtswirkungen des Bewilligungsbescheides bei Eintritt der Bedingung noch weiter bestehen oder nicht. Die Umstände, die zur Unwirksamkeit führen sollen, müssen also bei Erlass des gesamten Bescheids bereits konkret fassbar sein. Ansonsten kommt eine Bedingung nicht in Betracht. Alternativ kann die Behörde in diesen Fällen auf den sogenannten Widerrufsvorbehalt zurückgreifen.<sup>118</sup>

## V. Konsequenzen eines Untätigbleibens der beihilfegewährenden Stelle

Die Kommission darf die Rückgewähr der Beihilfe gemäß Art. 15 VVO innerhalb von 10 Jahren verlangen.<sup>117</sup>

Setzt ein Mitgliedstaat die von der Kommission geforderte Rücknahme der Beihilfe nicht innerhalb der gesetzten Fristen um, so kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV vor dem EuGH anstreben. Die Strafe, die der Mitgliedstaat zu erwarten hat, richtet sich nach Art. 260 Abs. 2 AEUV. Sie besteht entweder in einem zu zahlenden Pauschalbetrag oder Zwangsgeld.

Lediglich in dem Fall, in dem die Rückforderung absolut unmöglich ist, darf auf diese verzichtet werden. Die Anforderungen an die Unmöglichkeit sind dabei jedoch sehr hoch. Der EuGH hat nur sehr wenige Fälle angenommen, in denen die Unmöglichkeit bejaht wurde. Dabei kann sich ein Mitgliedstaat nicht auf seine eigenen Verfahrensregeln berufen, wie beispielsweise Verjährung, um eine Unmöglichkeit der Rückforderung zu begründen. Auch die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ist für die Frage der Möglichkeit grundsätzlich nicht ausschlaggebend. Finanzielle Schwierigkeiten genügen jedenfalls nicht, um die absolute Unmöglichkeit zu beweisen.<sup>118</sup> Dabei führte der EuGH aus, dass sich ein Mitgliedstaat nur dann auf die absolute Unmöglichkeit berufen kann, wenn „keine Aktiva“ in dem Unternehmen mehr vorhanden sind.<sup>119</sup>

Stellt ein Mitgliedstaat fest, dass er Schwierigkeiten hat eine Beihilfe zurückzufordern, so muss er die Kommission darüber informieren und aktiv alternative Lösungsvorschläge unterbreiten, sowie nachweisen, dass er bereits geeignete aber erfolglose Schritte unternommen hat, um die Beihilfe zurück-

<sup>115</sup> Kopp/Ramsauer, 14. Auflage 2013, § 49 a Rn. 9.

<sup>116</sup> BeckOK VwVfG, Stand 01. Oktober 2014, § 36, Rn. 45; zum Widerrufsvorbehalt: BeckOK VwVfG, Stand 01. Oktober 2014, § 36, Rn. 50 ff.

<sup>117</sup> Siehe hierzu: Kapitel 4 S. 74 ff.; Zu den Folgen bei Bürgschaften: Kapitel 5 S. 88 ff.

<sup>118</sup> Nr. 20 der Bekanntmachung der Kommission: Rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfen: Gewährleistung der Umsetzung von Rückforderungsentscheidungen der Kommission in den Mitgliedstaaten (ABl. C 272 vom 15. 11. 2007 S. 4).

<sup>119</sup> EuGH, Urteil vom 02. Juli 2002, C-499/99.



zufordern.<sup>120</sup> Es genügt jedenfalls nicht sich auf die Mitteilung von rechtlichen, politischen oder praktischen Schwierigkeiten zu beschränken, ohne tatsächliche Versuche zur Rückforderung zu unternehmen.<sup>121</sup> Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, die sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt, soll der Mitgliedstaat geeignete Alternativen vorschlagen und mit der Kommission gemeinsam daraufhin arbeiten, die bestehenden Schwierigkeiten zu beseitigen.<sup>122</sup>

Bei nicht mehr bestehenden Unternehmen genügt dagegen der Nachweis, dass diese aus den nationalen Registern gelöscht wurden, um die absolute Unmöglichkeit der Rückforderung zu beweisen.<sup>123</sup> Bei dieser Konstellation gibt es weder ein Rechtssubjekt, gegen das sich der Rückzahlungsanspruch richten könnte, noch Vermögensmassen, in die vollstreckt werden könnte.<sup>124</sup>

Deshalb ist es wichtig sich nochmals zusammenfassend die Rechtsfolgen einer fehlerhaften beihilferechtlichen Mittelgewährung an private Dritte vor Augen zu führen – das Beispiel des bundesweit bekanntgewordenen Falles „Nürburgring“, mit seinen erheblichen politischen, aber für die involvierten Verantwortungsträger auch teilweise persönlich gravierenden, insbesondere strafrechtlichen, Konsequenzen sollte hier zu besonderer Wachsamkeit mahnen:

- Nichtigkeit des beihilfewidrigen Rechtsgeschäfts bei Feststellung gem. § 134 BGB ex tunc, zumindest Rückwirkung für 10 Jahre (kein Vertrauensschutz !),
- Anordnung der Rückforderung durch die Kommission, das heißt die beihilfegewährende Stelle ist zur Rückforderung verpflichtet, relevant sind formelle und/oder materielle Beihilfewidrigkeit),
- Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern,
- Mögliche Insolvenz des Beihilfeempfängers,
- Zusätzliche Festsetzung von Bußgeldern durch die Kommission,
- Persönliche Haftung der beteiligten Verantwortungsträger sowie daraus gegebenenfalls folgende dienst-, arbeits- und amtschaftungsrechtliche Reaktionen.

### PRAXISTIPP

Die Verwaltungspraxis hat dabei gezeigt, dass gerade der Hinweis auf diese Folgen in den begleitenden Informationsveranstaltungen an die Ämter, Betriebe und Dezernate der Stadt Frankfurt am Main zu einem nicht zu unterschätzenden „Aufmerksamkeitsgewinn“ gegenüber dem Thema beigetragen hat, während der bloße Hinweis auf das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG sowie die Pflichten von Aufsichtsrat- und Geschäftsführungen nach dem Aktien- und dem GmbH-Gesetz bzw. auf die Regeln des durch die Stadtverordnetenversammlung beschlossenen Corporate-Governance-Kodex sich teilweise allzu häufig im lediglich „abstrakten“ Rahmen für die Entscheidungsträger bewegte.

<sup>120</sup> EuGH, Urteil vom 13. November 2008, C-214/07, Rn. 65.

<sup>121</sup> EuGH, Urteil vom 14. April 2011, C-331/09, Rn. 70.

<sup>122</sup> EuGH, Urteil vom 14. April 2011, C-331/09, Rn. 34.

<sup>123</sup> EuGH, Urteil vom 17. November 2011, C-496/09, Rn. 77.

<sup>124</sup> EuGH, SA vom 13. Februar 2014, C-527/12, Rn. 51.

## VI. Berichts- und Dokumentationspflichten

Wie gesehen hat jede Verordnung, Mitteilung oder Beschluss Anforderungen an die Dokumentation von gewährten Beihilfen durch den Mitgliedstaat.

Weitgehend wird übereinstimmend verlangt, dass die Dokumente zur Beihilfengewährung (mindestens zehn Jahre) aufbewahrt werden und auf Verlangen der Kommission kurzfristig vorzulegen sind. Sie müssen demnach quasi jederzeit in detaillierter Form zur Verfügung stehen. Aus diesen Unterlagen müssen sich unzweifelhaft die konkreten Umstände ergeben, weshalb die gewährten Beihilfen von der Anmeldepflicht befreit sind.

### PRAXISTIPP

Die einzelnen Anforderungen an die Berichts- und Dokumentationspflichten finden sich in der AGVO in den Art. 9, 10, 11 und 12; in der De-Minimis-VO 2014 in Art. 6; in der Dawl-De-Minimis-VO 2012 in Art. 3; in der Bürgschaftsmittteilung unter Punkt 6. und in dem Dawl-Freistellungsbeschluss in den Art. 8 und 9.

Es ist sinnvoll stets alle Anforderungen an die Berichts- und Dokumentationspflichten zu erfüllen, da Verstöße weitreichende Folgen haben können. Wird beispielsweise eine nicht freigestellte Beihilfe trotzdem ohne vorheriges Notifizierungsverfahren gewährt, so kann die Kommission dem Mitgliedstaat nach Art. 10 AGVO das Privileg der Freistellung für künftige Beihilfen entziehen, so dass alle Beihilfen angemeldet werden müssen, unabhängig davon, ob sie nach der AGVO freigestellt wären.

Von besonderer Bedeutung ist hierbei, dass das Durchführungsverbot nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte<sup>125</sup> unmittelbare Wirkung entfaltet. Das heißt, ein Mitbewerber des Beihilfeempfängers kann sich vor den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten auf die Verletzung des Durchführungsverbots berufen. Die formelle Rechtswidrigkeit reicht also bereits für den Erfolg einer Konkurrentenklage aus.<sup>126</sup>

Die formelle Verletzung der Anmeldepflicht führt aber nicht per se zur Rechtswidrigkeit einer Beihilfe. Die Kommission bleibt verpflichtet, die Beihilfe auf ihre Verträglichkeit mit dem gemeinsamen Markt zu überprüfen.<sup>127</sup>

## VII. Fazit und Empfehlungen

Wie Untersuchungen gezeigt haben, erfüllen die Mittelgewährungen in der kommunalen Praxis in einer ganzen Anzahl von Fällen den Tatbestand einer Beihilfe im Sinne des EU-Rechts. Viele Beihilfen wurden dabei jedoch zunächst aus unterschiedlichen Gründen rechtswidrig erteilt. So fallen gewisse Beihilfen beispielsweise unter den Anwendungsbereich des Dawl-Freistellungsbeschlusses, die jeweiligen Einheiten wurden aber nicht nach dessen Vorgaben ordnungsgemäß betraut.

<sup>125</sup> EuGH, Urteil vom 11. Dezember 1973, C-120/73 – „Lorenz“.

<sup>126</sup> Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2013, S. 97, Rn. 51.

<sup>127</sup> EuGH, Urteil vom 14. Februar 1990, C-301/87.

## PRAXISTIPP

Dabei könnten diese Beihilfen meist durch eine entsprechende formale Anpassung an die Vorgaben der Freistellungsverordnungen und -richtlinien der EU legitimiert werden. Es genügt dabei ein überschaubarer Katalog von Maßnahmen, um die beihilferechtlichen Risiken in der künftigen Mittelgewährungspraxis zu bewältigen. Aber gerade auch für Beihilfen, die nicht von der Notifizierungspflicht befreit werden können, muss sichergestellt werden, dass diese als solche erkannt und entsprechend angemeldet werden, da ansonsten, wie gesehen, erhebliche Schwierigkeiten auftreten können.

### 1. Qualitätsmanagement bei der Gestaltung von Zuwendungsbescheiden

Für die Zukunft empfiehlt es sich daher die gewährenden Stellen für die Beihilfenproblematik zu sensibilisieren und bei der Vergabe entsprechend zu unterstützen.

So bietet es sich an, für alle Mittelgewährungen einheitliche Leitlinien – beispielsweise geregelt auf abstrakt-generellem Wege im Zuge für den Haushaltsplan erstellter Allgemeiner Bewirtschaftungsrichtlinien, Haushaltsrundschriften, verwaltungsinterner Dienstanweisungen, Geschäftsanweisungen etc. – und durchgängige Muster zu erstellen. Dabei kann zwischen folgenden Gruppen unterschieden werden:

- Bescheide an Einrichtungen, die grundsätzlich nicht unter das Beihilfenrecht fallen,
  - De-minimis-Beihilfen bis 200.000 Euro in drei Steuerjahren,
  - De-minimis-Beihilfen mit Dawl-Bezug bis 500.000 Euro in drei Steuerjahren,
  - Beihilfen an wirtschaftliche Einrichtungen, die als Beihilfen anzusehen sind und 500.000 Euro in drei Steuerjahren übersteigen.
- a) Geht es um Zuwendungen, die eindeutig keinen beihilferechtlichen Tatbestand erfüllen, genügt es, den jeweiligen Zuwendungsbescheid nach den allgemeinen verwaltungs- und förderrechtlichen Vorgaben zu gestalten. Aus beihilferechtlicher Sicht empfiehlt es sich lediglich, hierzu einen Aktenvermerk niederzulegen, für den ebenfalls ein Muster entwickelt werden kann. In dem Aktenvermerk wäre kurz darzulegen, warum die betreffende (empfangende) Einrichtung nicht als wirtschaftliche Einheit anzusehen ist und/oder warum die geförderte Tätigkeit einen lokalen Charakter hat, so dass eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels nicht in Betracht kommt.
- b) Soll eine De-minimis-Beihilfe an eine Einrichtung zugewendet werden, die als wirtschaftliche Einheit eingeordnet werden kann, muss vor Erlass des Bescheids unter Hinweis auf die einschlägige De-minimis-Verordnung ein Fragebogen an die Organisation versandt werden. In dem Schriftstück sollte der Antragsteller/Zuwendungsempfänger bestätigen, dass er insgesamt in den betreffenden drei Steuerjahren – auch unter Berücksichtigung aller sonstigen Beihilfen aus staatlichen Mitteln – nicht mehr als 200.000 Euro erhält.
- c) Soll eine De-minimis-Beihilfe unter Ausnutzung des Rahmens von 500.000 Euro in drei Jahren ausgenutzt werden, gilt entsprechendes, wobei hier aus dem Fragebogen der genaue Zweck der beantragten Zuwendung hervorgehen muss, sodass es möglich ist, die geförderte Tätigkeit als Dawl (oder Nicht-Dawl) einzuordnen. Entsprechend muss hier die Bestätigung der empfangenden Organisation eingeholt werden, dass sie insgesamt in den betreffenden drei Steuerjahren – auch unter Berücksichtigung aller sonstigen Beihilfen aus staatlichen Mitteln – nicht mehr als 500.000 Euro erhält.
- d) Für alle Zuwendungsfälle der vierten Gruppe ist ein Bescheid zu entwickeln, der alle inhaltlichen und formalen Vorgaben aus dem Freistellungsbeschluss vom 20.12.2011 einhält. Hier-

für sollte auch ein Musterdokument entwickelt werden, in dem der Begünstigte Nachweis über die Mittelverwendung zum Zweck der übertragenen Dawl-Aufgabe führt. Die vom Empfänger bei seiner Aufgabenerfüllung erzielten Erträge sind dabei saldierend zu berücksichtigen.

Anhand dieser Angaben muss das Amt, das die Beihilfengewährung zuständig ist, eine „Überkompensationskontrolle“ durchführen und dokumentieren.

Zu der letzten Gruppe gehören auch Kredit-Ausfallbürgschaften, deren Besicherungsquote über 80 % liegt, da diese nicht als Bagatellbeihilfe eingeordnet werden können. Auch hier sollte zukünftig begleitend zur Bürgschaftsgewährung ein Förderschreiben an den Empfänger gerichtet werden. Für die bereits gewährten Bürgschaften empfehlen wir, dies in entsprechender Weise nachzuholen.

Nach den Vorgaben des Freistellungsbeschlusses muss in dem als Betrauungsakt ausgestalteten Förderbescheid auch die Auflage enthalten sein, gegebenenfalls eine Trennungsrechnung durchzuführen: Wenn die Organisation neben der geförderten DAWI-Tätigkeiten andere wirtschaftliche Aktivitäten ausübt, müssen in deren Buchhaltung die Kosten und Einnahmen, die in Verbindung mit der Dawl-Tätigkeiten stehen von allen anderen Tätigkeiten (und deren Kosten und Einnahmen) getrennt geführt werden.

## 2. Berichtswesen

Da über die Gewährung von Beihilfen Berichte gefertigt werden müssen und diese Pflicht auch für De-minimis-Beihilfen gilt, sollte innerhalb der Stadtverwaltung eine zentrale Stelle eingerichtet werden, die über alle (potentiellen) Beihilfegewährungen informiert werden muss, was auch in elektronischer Form geschehen kann. Diese Stelle könnte, wenngleich auch die primären Zuständigkeiten der Rechts- und Revisionsämter zu wahren sind, gegenüber den Ämtern auch eine Beratungs- und Koordinierungsfunktion wahrnehmen hinsichtlich der beihilferechtlichen Einordnung von Zuwendungsfällen. Ihr sollte auch mitgeteilt werden, zu welchem Ergebnis die jährlich durchgeführten Überkompensationskontrollen geführt haben. Sie kann jedoch nicht die geforderte dezentrale – operative – Behandlung der Beihilfeproblematik leisten oder diese bei einem Fehlen ersetzen und/oder kompensieren.

Wie diese – vor allem im Gesellschaftsbereich wegen der vor allem dort gegebenen Notwendigkeit des unterjährigen Nachsteuerns – idealerweise quartalsweise Überkompensationskontrolle konkret auszusehen hat, wird sich in allen Einzelheiten naturgemäß erst mit der Zeit einspielen.

### PRAXISTIPP

Einerseits wird hierbei zwar nicht der Aufwand zu verkennen sein, den dieser Schritt für alle Beteiligten – das heißt für den Bereich der Stadt Frankfurt am Main sowohl für die Abteilung Beteiligungsmanagement der Stadtkämmerei als auch unmittelbar für die städtischen oder stadtnahen Gesellschaften – bedeutet. Gleichzeitig ist hierbei aber auch der nächste Meldetermin bei der Kommission<sup>128</sup> am 30.06.2016 und damit die Relevanz des Themas

<sup>128</sup> Vergl. Beschluss der Kommission vom 20.12.2011, 9380 endg., Art. 9. Dieses Datum ergibt sich aus Art. 9, letzter Satz des Freistellungsbeschluss vom 20.12.2011 sowie aus dem „DAWI-Rahmen“ Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (ABl. C8 vom 11.1.2012, S. 15) dort unter Randziffer 62.

„Überkompensationskontrolle“ zu beachten, das für die Gesellschaften mittlerweile bereits einen wesentlichen Bestandteil des operativen Geschäfts darstellt, jedoch, wie dargestellt, auch für den Bereich des Kernhaushalts beordnet wird. Die Brisanz wird im Übrigen auch daraus deutlich, dass die Beihilfeproblematik auch Gegenstand der derzeit laufenden 184. überörtlichen Prüfung des Hessischen Rechnungshofs ist.

Auf Basis der übermittelten Informationen kann der erforderliche Bericht über die Beihilfengewährung und die Einhaltung des Rechtsrahmens angefertigt werden. Die zentrale Stelle für beihilferechtliche Fragen sollte neben rechtlichen Kenntnissen auch über finanz- und haushaltswirtschaftliche Expertise verfügen, so dass in Frankfurt am Main daher vor diesem Hintergrund entschieden wurde, diese Zentralstelle in der Kämmerei anzusiedeln.

## VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Die Stadt Frankfurt am Main hat sich dem Thema des EU-Beihilfenrechts als eine der ersten Kommunen in Hessen angenommen und dadurch in überschaubarer Zeit einen hohen Aufarbeitungsstand erreicht. Dadurch konnten viele Abgrenzungs- und Gestaltungsprobleme sorgfältig und ohne den Druck einer streitigen Auseinandersetzung oder einer Berichtspflicht gegenüber der Europäischen Kommission abgewogen und entschieden werden.

Allerdings können die meisten beihilferechtlichen Sachverhalte nicht durch Einzelmaßnahmen endgültig aufgearbeitet, sondern bedürfen – das europäische Beihilfenrecht ist vergleichbar etwa mit den Entwicklungen im Vergabewesen eine Daueraufgabe – einer wiederkehrenden Nachschau.

Zwar ist der Aufwand für die Aufarbeitung nicht zu unterschätzen, er führt jedoch zu deutlich verringerten beihilferechtlichen Risiken. Bei den Risiken sollte man sich vor Augen halten, dass die von der Kommission verlangte sofortige Rückgewähr rechtswidriger Beihilfen sehr schnell zu einer existenzbedrohenden Situation für ein kommunales Unternehmen, aber auch andere Zuschussempfänger führen kann. Der durch eine solche Schieflage bewirkte Schaden kann finanziell erheblich und im Rahmen einer politischen Bewertung gravierend sein und wiegt eine nur scheinbar bestehende „Arbeitsentlastung“ bei Nichtmeldung, Ignoranz oder Langmut gegenüber dem Thema bei weitem auf.

Zudem bietet eine solche Aufarbeitung auch einen Mehrwert für die Kontrolle und Steuerung der städtischen Beteiligungsgesellschaften und für das Management von Zuwendungen an externe Dritte sowie als „flankierende Unterstützung“ bei etwaigen Überprüfungen der bisherigen Förderpraxis. Möglicherweise kann das hierbei durch die Stadt Frankfurt am Main gezeigte Vorgehen als eine prozesshafte Handlungshilfe gerade auch für kleinere Kommunen und Unternehmungen herangezogen werden.





# BILANZ

## Kapitel 7

**Darstellung EU-beihilfe-  
rechtlicher Risiken im  
Jahresabschluss und  
Lagebericht**

A. Eigenkapital  
I. Gezeichnetes Kapital  
II. Gewinnrücklage

B. Rückstellungen  
I. Pensionsrückstellungen  
II. Steuerrückstellungen  
III. Sonstige Rückstellungen

Vermögensgegenstände  
I. Grundstücke und Bauten  
II. Maschinen und Maschinen  
III. Geschäftsausstattung

## Kapitel 7

### Darstellung EU-beihilferechtlicher Risiken im Jahresabschluss und Lagebericht

*Hans-Peter Busson, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Susanne Müller-Kabisch, Ernst & Young Law GmbH*

Rechtswidrige Beihilfen bergen erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Risiken für das kommunale Unternehmen, das die Beihilfen erhalten hat (vgl. Kapitel ...). Von den kommunalen Unternehmen wird die praktische Relevanz dieser Risiken oftmals noch unterschätzt. Dabei werden Rückforderungsansprüche bezüglich rechtswidriger Beihilfen ohne Rücksicht darauf durchgesetzt, dass das Unternehmen dadurch unter Umständen in die Insolvenz gerät und somit im Extremfall ein ganzer Bereich der Daseinsvorsorge in der Kommune ausfallen kann. Spätestens wenn sich das Unternehmen aber einem konkreten Rückforderungsanspruch ausgesetzt sieht, wird es auch mögliche Schadensersatzansprüche gegen seine Geschäftsführung und seine Aufsichtsräte prüfen müssen. Sowohl die Geschäftsführung als auch die Aufsichtsräte treffen im Zusammenhang mit EU-Beihilfen Pflichten, deren Verletzung zu einer persönlichen Haftung der betroffenen Leitungsorgane führen kann.

Nachfolgend sollen daher am Beispiel einer kommunalen GmbH die Haftungsrisiken und die Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zulässigkeit von EU-Beihilfen, der Erstellung des Jahresabschlusses und der Vorbereitung der Abschlussprüfung dargestellt werden.

#### I. Persönliche Haftung der Gesellschaftsorgane

##### 1. Beachtung beihilferechtlicher Vorschriften als Bestandteil der kaufmännischen Sorgfaltspflicht

###### 1.1. Persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers

Der Geschäftsführer einer GmbH ist mit Blick auf § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Zu seinen Pflichten gehört dafür Sorge zu tragen, dass geltende rechtliche Vorgaben eingehalten und dass Schäden der Gesellschaft vermieden beziehungsweise abgewendet werden.

Wenn die kommunale GmbH rechtswidrige Beihilfen entgegennimmt, ist sie in der Zukunft der Gefahr ausgesetzt, die erhaltenen Beihilfen zuzüglich etwaiger Zinsvorteile zurückzahlen zu müssen. Ein derart hohes, den Fortbestand des Unternehmens bedrohendes Risiko wird ein sorgfältiger Geschäftsführer vernünftiger Weise nicht eingehen. Tut er es dennoch, verstößt er gegen seine Pflicht, Schäden der GmbH zu vermeiden, und setzt sich dadurch seinerseits der Gefahr von Schadensersatzansprüchen durch das geschädigte Unternehmen aus.

Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>129</sup> in seiner Alcan-Entscheidung gehört die Kenntnis und Beachtung beihilferechtlicher Vorschriften auch zu den kaufmännischen Sorgfaltspflichten. Der Geschäftsführer kann sich also nicht erfolgreich damit verteidigen, dass er keine Kenntnis von den beihilfe-

---

<sup>129</sup> EuGH Urteil v. 20.03.1997 – Rs. C-24/95 (Alcan).

rechtlich relevanten Sachverhalten und den einschlägigen beihilferechtlichen Vorgaben hatte. Das Unternehmen darf nach Ansicht des EuGH einzig und allein auf die Rechtmäßigkeit einer ordnungsgemäß notifizierten Beihilfe vertrauen. Darüber hinaus ist es Sache des sorgfältigen Kaufmannes, sich im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der gewährten Beihilfen selbst ein Bild zu machen.

### **RISIKOHINWEIS**

Die Kenntnis und Beachtung der beihilferechtlichen Vorschriften ist nach der Rechtsprechung Teil der kaufmännischen Sorgfaltspflichten. Die Unternehmensleitung hat sich also sowohl über die relevanten Sachverhalte als auch über deren beihilferechtliche Bewertung selbst ein Bild zu machen.

## **1.2. Pflichten und Haftungsrisiken des Aufsichtsrats der GmbH**

Auch die Aufsichtsräte der kommunalen GmbH haften der Gesellschaft für Pflichtverletzungen und haben daher im Rahmen ihrer Zuständigkeit ihrerseits auf beihilferechtlich ordnungsgemäße Zustände im Unternehmen hinzuwirken. Relevant kann dies zum Beispiel werden, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu bedeutsamen Geschäften des Unternehmens erteilen soll, wie zur Vornahme eines Kreditgeschäfts, bei denen die Gesellschafter-Kommune dem Unternehmen eine Bürgschaft gewähren soll.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>130</sup> hat sich der Aufsichtsrat vor der Entscheidung über seine Zustimmung eigenverantwortlich Informationen über das zustimmungsbedürftige Geschäft und über die damit zusammenhängenden Chancen und Risiken einzuholen. Vor diesem Hintergrund und angesichts des strengen Sorgfaltsmaßstabs des EuGH ist den Aufsichtsräten von kommunalen Unternehmen dringend zu raten, sich vor der Erteilung ihrer Zustimmung selbst ein Bild von der beihilferechtlichen Zulässigkeit des zustimmungsbedürftigen Geschäfts zu machen, um ihre persönliche Haftung auszuschließen.

Dabei ist es sinnvoll, dass der Aufsichtsrat beziehungsweise seine Mitglieder sich des Sachverstands der Kommunalverwaltung bedient. Diese Einbindung kommunalen Sachverstands ist ebenso wie die Diskussion in den Gremien der Gemeinde rechtlich möglich. Sie scheitert insbesondere nicht an den Verschwiegenheitspflichten.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind zwar grundsätzlich verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, Stillschweigen zu wahren, soweit sie ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ist das Gegenstück zu dem umfassenden Informationsrecht des Aufsichtsrats in allen Angelegenheiten der Gesellschaft. Durch sie soll die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gewährleistet und die Gesellschaft insgesamt vor Nachteilen geschützt werden.

Die Verschwiegenheitspflicht besteht jedoch nicht so weit, dass es den auf den kommunalen Gesellschafter entfallenden Aufsichtsratsmitgliedern verwehrt ist, Auskunft gegenüber den Beschlussgremien der Kommune zu erteilen. Anderenfalls könnte die Kommune nicht im angemessenen Umfang ihre Einflussnahme und Steuerungstätigkeit ausüben, weil ihr schlicht die dafür erforder-

<sup>130</sup> BGH Urteil v. 11.12.2006 – II ZR 243/05.

lichen Informationen fehlen würden. Daher sieht das Aktiengesetz (AktG) speziell für kommunale Beteiligungsunternehmen Ausnahmen von der grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht vor: Danach unterliegen Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gesellschafterkommune in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt wurden, hinsichtlich der Berichte, die sie der Gesellschafterkommune zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Diese Regelung begründet jedoch keine Berichtspflicht für Vertreter der Gesellschafterkommune, sondern setzt nach herrschender Meinung voraus, dass eine solche Berichtspflicht anderweitig gesetzlich geregelt ist. In Hessen ist dies im Rahmen des § 125 Abs. 1 Satz 5 HGO erfolgt. Hiernach haben Vertreter des Magistrats im kommunalen Unternehmen den Magistrat über alle Angelegenheiten frühzeitig zu unterrichten und auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Die Berichtspflicht erfasst vor allem solche Informationen, deren Kenntnis zur sachgerechten Verwaltung und Kontrolle sowie zur Steuerung der Unternehmensbeteiligung erforderlich ist. § 125 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 HGO sieht jedoch vor, dass der Gemeindevorstand sich im Aufsichtsrat durch besondere „entsandte“ Personen vertreten lassen kann, die an (seine) Weisungen gebunden sind. Eine solche Weisung kann dann eine Unterrichtungspflicht (ausschließlich) an den Gemeindevorstand vorsehen. Zu betonen ist, dass jedes Aufsichtsratsmitglied auftretende Interessenwidersprüche zwischen Gesellschafterkommune und Unternehmen selbst bewerten muss, um dann entsprechend zu entscheiden. Bestehen Zweifel über Inhalt und Umfang der Verschwiegenheitspflicht, beispielsweise im Fall einer beihilfewidrigen Bezuschussung des Unternehmens, erscheint es ratsam, dass das Aufsichtsratsmitglied sich vor der Berichterstattung zunächst an den Vertreter der Gesellschafterkommune in der Gesellschafterversammlung und an die mit der Beteiligungsverwaltung beauftragten Personen wendet und die Berichterstattung in nichtöffentlicher Sitzung vornimmt.

## **2. Konkrete Pflichten des Geschäftsführers im Hinblick auf EU-Beihilfen**

### **2.1. Pflichten im Hinblick auf den künftigen Erhalt von EU-Beihilfen**

Der Geschäftsführer einer kommunalen GmbH darf auch eine ihm von der Gesellschafter-Kommune in Aussicht gestellte Beihilfe erst entgegennehmen, nachdem er sich bei der Kommune darüber vergewissert hat, dass die Beihilfe gegebenenfalls ordnungsgemäß notifiziert und durch die Europäische Kommission genehmigt worden ist. Erhält der Geschäftsführer von der gewährenden Stelle keine (hinreichende) Auskunft, hat er selbst die erforderliche beihilferechtliche Prüfung vorzunehmen beziehungsweise zu veranlassen. Auf keinen Fall darf er sich einfach auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfengewährung durch die gewährende Stelle verlassen.

Sollte sich – im Rahmen der Auskunftserteilung durch die gewährende Stelle oder im Ergebnis der durch den Geschäftsführer vorgenommenen beziehungsweise durch ihn veranlassten beihilferechtlichen Prüfung – herausstellen, dass eine eigentlich erforderliche beihilferechtliche Maßnahme, beispielsweise eine Notifizierung bei der Kommission oder eine Betrauung auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses, noch nicht durchgeführt worden ist, muss der Geschäftsführer im Rahmen seiner Möglichkeiten darauf hinwirken, dass das Unternehmen die Beihilfe bis zur Vornahme der erforderlichen beihilferechtlichen Maßnahme nicht entgegennimmt. Besteht ein Aufsichtsrat so sollte dieser – gegebenenfalls unter Hinweis auf die bestehende Verschwiegenheitspflicht – über die bestehenden Risiken informiert werden.

#### **PRAXISTIPP**

Die Geschäftsführung und der Aufsichtsrat sollten sich – gegebenenfalls auch unter Hinzuziehung von externem Sachverstand – ein eigenes Bild von der beihilferechtlichen Zulässigkeit einer konkreten Maßnahme machen, um eigene Haftungsrisiken zu vermeiden.

## 2.2. Pflichten im Hinblick auf in der Vergangenheit erhaltene Beihilfen

Der Geschäftsführer ist im Rahmen seiner Pflicht, Schäden der Gesellschaft zu vermeiden, auch verpflichtet, die „beihilferechtliche Vergangenheit“ des Unternehmens möglichst umfassend aufzuarbeiten. Er hat dazu alle relevanten Sachverhalte daraufhin zu überprüfen beziehungsweise überprüfen zu lassen, ob rechtswidrige Beihilfen unter Verstoß gegen Notifizierungspflichten gewährt wurden. Unter dem Gesichtspunkt der Schadensabwendungspflicht hat der Geschäftsführer auch darauf hinzuwirken, dass die bislang unterlassene Notifizierung einer materiell rechtmäßigen Beihilfe vorgenommen wird. Dazu hat er die Gesellschafterversammlung und den Aufsichtsrat über das Ergebnis seiner beihilferechtlichen Prüfung zu unterrichten.

Wenn es sich um Beihilfen handelt, die als Ausgleich für Kosten gewährt werden, die dem Unternehmen im Rahmen der Erbringung von DAWI-Tätigkeiten entstehen, sollten nachträglich die Voraussetzungen für eine Freistellung der Beihilfe von der Notifizierungspflicht geschaffen werden. Erforderlich ist hierzu der Erlass eines Betrauungsakts nach den Vorgaben des Freistellungsbeschlusses der Kommission. Natürlich sollte vor Implementierung eines Betrauungsakts sorgfältig geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Betrauung erfüllt sind. Können die Voraussetzungen als gegeben angesehen werden, ist die Implementierung eines Betrauungsakts gegenüber der Vornahme eines (zeit-) aufwändigen Notifizierungsverfahrens durch die Kommission vorzuziehen.

### PRAXISTIPP

Sofern bei einer freistellungsfähigen Beihilfe für ein Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge der erforderliche Betrauungsakt fehlt, sollte der Geschäftsführer darauf hinwirken, dass die zuständige Stelle, beispielsweise die Gesellschafter-Kommune, den Betrauungsakt vornimmt.

## 3. Pflichten der Geschäftsführung im Rahmen der Bilanzierung und Lageberichterstattung im Hinblick auf Risiken durch erhaltene Beihilfen

Auf der Grundlage einer beihilferechtlichen Analyse hat die Unternehmensleitung die Auswirkungen der identifizierten beihilferechtlichen Sachverhalte auf den Jahresabschluss und auf den Lagebericht zu beurteilen. Die Unternehmensleitung hat Sorge dafür zu tragen, dass der von ihr aufzustellende Jahresabschluss im Hinblick auf erhaltene Beihilfen und die damit verbundenen Risiken ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt. Hat das Unternehmen in der Vergangenheit rechtswidrige Beihilfen erhalten, muss die Unternehmensleitung beurteilen, wie das bestehende Rückzahlungsrisiko zu bewerten ist und ob hierfür eine Verbindlichkeit gemäß § 246 Abs. 1 HGB oder eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten nach § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB zu passivieren ist.

### 3.1. Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des Unternehmens

Maßgebend für die Klärung dieser Fragen ist die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des Unternehmens. Eine Inanspruchnahme des Unternehmens kann aus einem Prüfungsverfahren der Kommission oder aus einer Konkurrentenklage vor einem nationalen Gericht resultieren:

#### 3.1.1. Prüfverfahren der Kommission

Die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des Unternehmens ist grundsätzlich gegeben, wenn die Kommission ein Prüfungsverfahren eröffnet und im ersten Schritt eine sog. Vorprüfung durchführt. Allerdings kann diese Vorprüfung mit vier sehr unterschiedlichen Entscheidungen abschließen:



1. Die Kommission entscheidet, dass keine Beihilfe vorliegt.
2. Die Kommission entscheidet, dass eine Beihilfe vorliegt, diese aber von Seiten der Kommission als materiell genehmigungsfähig angesehen wird.
3. Die Kommission entscheidet, dass eine Beihilfe vorliegt, jedoch Zweifel bestehen, ob diese Beihilfe genehmigungsfähig ist.
4. Die Kommission entscheidet, dass eine Beihilfe vorliegt, diese aber eindeutig nicht genehmigungsfähig ist.

Im Fall von Ziffer 3 wird im Anschluss an die Vorprüfung die Eröffnung des sogenannten Hauptprüfverfahrens geboten sein. Ein Hauptprüfverfahren dauert oft mehrere Jahre. Sollte im Ergebnis der Vorprüfung und gegebenenfalls in einem anschließenden Hauptprüfverfahren festgestellt werden, dass eine materiell rechtswidrige Beihilfe vorliegt, ordnet die Kommission gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat an, dass die gewährte Beihilfe nebst Zinsen zurückzufordern ist. In der Praxis würde dann die Beihilfe gewährende Stelle, hierzulande zum Beispiel die Kommune, einen Rückforderungsbescheid gegenüber dem die Beihilfe empfangenden (begünstigten) Unternehmen erlassen. Da dieser Rückforderungsbescheid seinerseits rechtsmittelfähig ist, kann auch die Durchsetzung einer Rückforderungsanordnung durch die nationalen Behörden geraume Zeit in Anspruch nehmen.

### 3.1.2. Konkurrentenklage des Wettbewerbers

Die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des Unternehmens kann sich aber nicht nur in Folge der Eröffnung eines Verfahrens durch die Kommission oder den Erlass eines Rückforderungsbescheids der nationalen Behörde ergeben. Ein Wettbewerber kann ein Verfahren bei der Kommission durch eine entsprechende Beschwerde auslösen. Das dafür eigens geschaffene Beschwerdeformular [http://ec.europa.eu/competition/forms/download\\_de.htm](http://ec.europa.eu/competition/forms/download_de.htm) abrufbar. Unabhängig davon kann der Wettbewerber auch eine sogenannte Konkurrentenklage vor einem nationalen Gericht erheben. Zuständig für derartige Klageverfahren sind die ordentlichen Gerichte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das in Art. 108 Abs. 3 AEUV enthaltene Durchführungsverbot ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB<sup>131</sup>. Damit droht die Feststellung der Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrages über die Gewährung der Beihilfe und die Rückgewährung der jeweiligen Leistungen bereits dann, wenn sich im Prozess herausstellen sollte, dass die Beihilfe nicht ordnungsgemäß notifiziert worden ist.

Angesichts der hier nur grob skizzierten Komplexität der Verfahren auf europäischer und nationaler Ebene zur Rückforderung von rechtswidrigen Beihilfen, wird dringend empfohlen, die Auswirkungen der oben dargestellten Situationen anhand des konkreten Einzelfalls frühzeitig mit dem Abschlussprüfer zu besprechen. Nur zur Orientierung sollen deshalb nachfolgend mögliche Konstellationen unter dem Gesichtspunkt beleuchtet werden, wie die Darstellung des Rückforderungsrisikos im Jahresabschluss und im Lagebericht durch die Unternehmensleitung erfolgen kann:

### 3.2. Darstellung des Rückforderungsrisikos bei Vorliegen einer abschließenden Entscheidung der Kommission bzw. eines nationalen Gerichts oder bei Erlass eines Rückforderungsbescheids zur Umsetzung dieser Entscheidungen

In dem Fall, dass eine Rückforderungsentscheidung der Kommission, das Urteil eines nationalen Gerichts oder ein Rückforderungsbescheid einer deutschen Behörde zur Umsetzung der Entscheidung der Kommission oder des deutschen Gerichts über die Rückforderung vorliegen, kommt die

<sup>131</sup> BGH-Urteil v. 10.02.2011 – IZR 136/09.



Passivierung einer Verbindlichkeit in Betracht. In diesem Fall kann die Verbindlichkeit nämlich dem Grunde und der Höhe nach mit ausreichender Sicherheit bestimmt werden.

### **PRAXISSZENARIO**

Es liegt eine Entscheidung der Kommission bzw. des nationalen Gerichts, dass die Beihilfe zurückzufordern ist und/oder Rückforderungsbescheid einer nationalen Behörde in Umsetzung dieser Entscheidung vor.

In diesem Fall ist der Rückforderungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach ausreichend gewiss: es ist eine Verbindlichkeit zu passivieren.

- Bezüglich der Höhe des Rückforderungsanspruchs besteht noch Ungewissheit: es kommt alternativ die Bildung einer Rückstellung in Betracht
- Unter Umständen erneute Würdigung der Annahme der Fortführung der Unternehmens-tätigkeit (aber: abhängig von der Höhe der sich ergebenden möglichen Rückzahlungs-beträge)
- Darstellung des Sachverhalts im Lagebericht: In der Risikoberichterstattung ist über die aus dem abgeschlossenen Verfahren resultierenden Folgen und die damit verbundenen Unsicherheiten sachgerecht zu berichten

### **3.3. Darstellung des Rückforderungsrisikos bis zur Einleitung eines Prüfverfahrens durch die Kommission bzw. der Erhebung einer Konkurrentenklage vor einem nationalen Gericht**

Bis eine Entscheidung auf europäischer oder nationaler Ebene vorliegt, kommt die Passivierung einer Rückstellung für eine ungewisse Verbindlichkeit in Betracht. Rückstellungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs<sup>132</sup> zu bilden, wenn mehr Gründe für als gegen das Bestehen einer Verbindlichkeit sprechen. Diese Abwägung hat die Unternehmensleitung unter Berücksichtigung aller vorliegenden Erkenntnisse selbst zu treffen. Dabei ist die Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Inanspruchnahme des Unternehmens wiederum von zentraler Bedeutung.

Kommt die Unternehmensleitung aufbauend auf der Identifizierung und rechtlichen Würdigung der beihilferechtlich relevanten Sachverhalte zu der Einschätzung, dass das Unternehmen in der Vergangenheit Beihilfen unter Verstoß gegen beihilferechtliche Vorschriften erhalten hat, und liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Kommission ein Prüfverfahren einleiten beziehungsweise dass ein Wettbewerber eine Konkurrentenklage erheben wird, kommt die Passivierung einer Rückstellung für den Rückforderungsanspruch in Betracht. Außerdem wäre in diesem Fall auch im Lagebericht über das Risiko einer Rückzahlungsverpflichtung in gebotenem Maß zu berichten.

Liegen dagegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Kommission in absehbarer Zeit ein Prüfverfahren eröffnet oder dass ein Wettbewerber Klage einreichen wird, muss mit einer Inanspruchnahme wohl nicht gerechnet werden. In diesen Fällen erscheint es vertretbar, auf eine Passivierung zu verzichten. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Kommission ein Prüfverfahren einleitet oder ein Wettbewerber eine Konkurrentenklage erhebt, beurteilt sich unter anderem danach, ob der beihilferechtlich relevante Sachverhalt bereits in irgendeiner Weise publik geworden ist, beispielsweise durch

<sup>132</sup> BFH Urteil v. 19. 10. 2005 – XIR 64/04.

Presseberichte oder durch Erörterungen in politischen Gremien. Bezüglich der Wahrscheinlichkeit für die Erhebung einer Konkurrentenklage durch einen Wettbewerber hat die Unternehmensleitung eine Einschätzung zu treffen, ob Wettbewerber überhaupt beziehungsweise in nennenswertem Umfang existieren. Naturgemäß gestaltet sich die Art und Intensität des Wettbewerbs je nach Branche und in Abhängigkeit von der Konjunkturlage sehr unterschiedlich.

Unabhängig davon, ob eine Rückstellung gebildet wird, muss die Unternehmensleitung auch entscheiden, ob und inwiefern verbleibende Unsicherheiten im Lagebericht transparent darzustellen und zu quantifizieren sind, so dass sich der Abschlussadressat ein eigenes Bild von der Risikosituation machen kann. Auch in diesem Zusammenhang ist die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Inanspruchnahme des Unternehmens bedeutsam. Ist damit nicht ernsthaft zu rechnen, erscheint es vertretbar, eine Darstellung des beihilferelevanten Sachverhalts (beispielsweise des Betriebskostenzuschusses) im Rahmen der Darstellung des Geschäftsverlaufs und der Lage (§ 289 Abs. 1 Satz 1 HGB) vorzunehmen und dabei auf die Erläuterung zu Verstößen gegen das EU-Beihilfenrecht und damit verbundene Rückforderungsrisiken zu verzichten.

### **PRAXISSZENARIO**

Ein Unternehmen hat Beihilfen unter Verstoß gegen beihilferechtliche Vorschriften erhalten, aber es ist weder ein Prüfverfahren der Kommission eingeleitet noch eine Konkurrentenklage vor einem nationalen Gericht erhoben worden.

- Nur wenn die Inanspruchnahme wahrscheinlich ist, das heißt wenn ernsthaft mit der Einleitung eines Prüfverfahrens oder der Erhebung einer Konkurrentenklage zu rechnen ist, kommt eine Rückstellung für eine ungewisse Verbindlichkeit in Betracht. Außerdem kommt eine Darstellung des Risikos der Rückzahlung im Lagebericht in Betracht
- Nur wenn mit der Einleitung eines Prüfverfahrens der Kommission beziehungsweise der Erhebung einer Konkurrentenklage nicht ernsthaft zu rechnen ist, erscheint es vertretbar, auf die Passivierung einer Rückstellung zu verzichten
- Wenn mit der Einleitung eines Prüfverfahrens der Kommission beziehungsweise der Erhebung einer Konkurrentenklage nicht ernsthaft zu rechnen ist, ist es vertretbar, den beihilferechtlich relevanten Sachverhalt (beispielsweise Betriebskostenzuschuss) im Rahmen der Darstellung des Geschäftsverlaufs und der Lage zu benennen, ohne dass weitere Ausführungen zu Verstößen gegen das EU-Beihilfenrecht und die damit einhergehenden Risiken gemacht werden.

### **3.4. Darstellung des Rückforderungsrisikos bei Einleitung eines Prüfverfahrens durch die Kommission bzw. der Erhebung einer Konkurrentenklage vor einem nationalen Gericht**

Sofern die Kommission das Prüfverfahren eröffnet beziehungsweise ein Wettbewerber eine Konkurrentenklage erhoben hat, ist die Unternehmensleitung verpflichtet, eine Rückstellung für eine ungewisse Verbindlichkeit zu passivieren, wenn aufgrund einer rechtlichen Würdigung und Analyse des Verfahrensstandes absehbar ist, dass die Rückforderung der gewährten Beihilfen angeordnet beziehungsweise entschieden wird. In der Praxis dürfte diese Einschätzung der Unternehmensleitung Schwierigkeiten bereiten, da in vielen Fällen der Sachverhalt bzw. seine rechtliche Würdigung eben genau nicht zweifelsfrei und eindeutig ist. Die Unternehmensleitung hat daher im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die (Ansatz-) Kriterien für die Bildung einer Rückstellung gegeben sind.

Im Lagebericht hat die Unternehmensleitung über die aus dem Verfahren resultierenden Risiken und die damit verbundenen Unsicherheiten der Beurteilung im Rahmen der Risikoberichterstattung zu berichten.

### **PRAXISSZENARIO**

Ein Unternehmen hat Beihilfen unter Verstoß gegen beihilferechtliche Vorschriften erhalten, und es ist ein Prüfverfahren der Kommission eingeleitet beziehungsweise eine Konkurrenzenklage vor einem nationalen Gericht erhoben worden:

- Es ist eine Rückstellung zu passivieren.
- Die Höhe der Rückstellung bestimmt sich durch den nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrag für die Rückforderung (gem. 253 Abs. 1 Satz 2 HGB), wobei ein etwaiger rückzahlungspflichtiger Zinsvorteil einzubeziehen ist.
- Darstellung des Sachverhalts im Lagebericht: Es ist über die aus dem Verfahren resultierenden Risiken und die damit verbundenen Unsicherheiten im Rahmen der Risikoberichterstattung sachgerecht zu berichten.

## **II. Auswirkungen von Beihilfen auf die Jahresabschlussprüfung**

Der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) hat am 7. September 2011 einen Prüfungsstandard zur Prüfung von Beihilfen insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen verabschiedet, der im Oktober 2011 veröffentlicht worden ist. Dieser „IDW PS 700“ legt berufsrechtlich verbindliche Grundsätze fest, anhand derer der Wirtschaftsprüfer beurteilt, ob die mit dem Beihilferecht zusammenhängenden rechtlichen Risiken im Jahresabschluss und im Lagebericht des Unternehmens ordnungsgemäß abgebildet wurden.

### **1. Würdigung beihilferechtlicher Sachverhalte im Rahmen der Abschlussprüfung**

Ziel der Prüfung durch den Abschlussprüfer ist es, wesentliche falsche Angaben in der Rechnungslegung (Fehlerrisiken) in Zusammenhang mit unzulässig gewährten Beihilfen festzustellen. Im Folgenden sollen die Auswirkungen von zulässigen und unzulässigen Beihilfen auf die Abschlussprüfung gemäß IDW PS 700 dargestellt werden.

#### **1.1. Zulässige Beihilfe**

Der Abschlussprüfer muss feststellen, ob die identifizierte Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Im Rahmen der Identifizierung von möglichen beihilferechtlichen Sachverhalten ist stets vorab zu untersuchen, ob der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist. Kann auch nur ein Tatbestandsmerkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV sicher ausgeschlossen werden, liegt bereits keine „Beihilfe“ im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Liegt aber eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, kann diese nur gewährt werden, wenn sie entweder gesetzlich erlaubt ist oder eine vorherige Genehmigung durch die Kommission nach Art. 108 Abs. 3 AEUV im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens erfolgt ist.

Im kommunalen Bereich sind vor allem die durch den Freistellungsbeschluss begründeten Ausnahmen von erheblicher Bedeutung. Der Freistellungsbeschluss erlaubt es, unter bestimmten Voraus-

setzungen (insbesondere dem Vorliegen eines Betrauungsakts) Beihilfen für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen ohne vorherige Notifizierung zu gewähren. Im kommunalen Bereich kann sich für Beihilfen, die nicht vorab notifiziert und genehmigt worden sind, die Zulässigkeit also auch daraus ergeben, dass die Beihilfe auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses der Kommission freigestellt ist. Weitere Freistellungsmöglichkeiten existieren nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung und der De-minimis Verordnung.

Der Abschlussprüfer hat die Voraussetzungen dafür, dass die Beihilfe als zulässig einzustufen ist, zu prüfen (beispielsweise Vorliegen eines wirksamen Betrauungsakts anhand der Dokumentation). Nur wenn der Abschlussprüfer zu dem Schluss kommt, dass keine Beihilfe beziehungsweise eine zulässige Beihilfe vorliegt, treffen ihn keine Berichtspflichten.

## **1.2. Unzulässige Beihilfen**

Handelt es sich bei der Vorteilsgewährung indes tatbestandlich um eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, die weder vorab notifiziert noch freigestellt worden ist, liegt eine unzulässige Beihilfe vor. Da unzulässig gewährte Beihilfen bis zu einer Frist von zehn Jahren zurückgefordert werden können, bevor unter bestimmten Voraussetzungen ein der Verjährung vergleichbarer Bestandsschutz eingreift und die Beihilfe als sogenannte bestehende Beihilfe gilt, sind Rückforderungsrisiken im Zusammenhang mit beihilferechtlichen Verstößen in der Regel als bedeutsame Risiken einzustufen und zu behandeln. Insbesondere bei dauerdefizitären Einrichtungen können derartige Rückforderungsrisiken sogar bestandsgefährdend sein und damit Auswirkungen auf die Annahme der Unternehmensfortführung haben. Nach Passivierung der Rückforderungsverpflichtung kann sich nämlich ein Eigenkapitalverzehr ergeben, der die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit nach sich zieht. Dadurch kann der Jahresabschluss unter Abkehr vom Grundsatz der Unternehmensfortführung aufzustellen sein (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). In diesem Fall ist im Bestätigungsvermerk gesondert auf die Risiken, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden, einzugehen (§ 322 Abs. 2 Satz 3 HGB).

Kommt der Abschlussprüfer zu dem Schluss, dass eine unzulässige Beihilfe vorliegt, hat er zu beurteilen, ob die wesentlichen Risiken der unzulässigen Beihilfe im Jahresabschluss und Lagebericht sachgerecht beschrieben wurden. Er hat zu prüfen, ob gegebenenfalls auf bestandsgefährdende Risiken gesondert eingegangen wurde und ob das geprüfte Unternehmen den entsprechenden Sachverhalt korrekt entweder durch eine Rückstellung für etwaige Rückzahlungsverpflichtungen oder eine Verbindlichkeit im Jahresabschluss dargestellt beziehungsweise im Lagebericht erläutert hat. Ob tatsächlich eine derartige Maßnahme vom Unternehmen getroffen werden muss, hängt wiederum maßgeblich von der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des Unternehmens ab (vgl. Ziff. 3.2). Ergeben sich aus der unzulässigen Beihilfe wesentliche falsche Angaben im Jahresabschluss, ist neben der Berichterstattung im Prüfungsbericht der Bestätigungsvermerk einzuschränken oder zu versagen (vgl. IDW PS 700 Rz. 50 ff.).

Handelt es sich um eine unzulässige Beihilfe, ist der Gesetzesverstoß sowie eventuell daraus entstehender zusätzlicher Finanzierungsbedarf auch im Prüfungsbericht (§ 321 Abs. 1 Satz 3 HGB) darzulegen. Eine Berichterstattung über unzulässige Beihilfen unterbleibt nur, wenn es sich im Ergebnis der Prüfung um sogenannte bestehende Beihilfen handelt, da in dem Fall der Rückforderungsanspruch verjährt ist.

Beihilferechtliche Sachverhalte können schließlich im Rahmen der erweiterten Abschlussprüfung nach § 53 HGrG von Bedeutung sein und eine Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslösen. Nach der Rechtsprechung des EuGH gehört die Kenntnis und Beachtung beihilferechtlicher Vorschriften zu den kaufmännischen Sorgfaltspflichten (vgl. S. 126).

#### **(1) Beihilfe zulässig**

- ▶ Keine Auswirkungen auf Prüfungsbericht und Bestätigungsmerk

#### **(2) Beihilfe unzulässig und Abbildung im Jahresabschluss bzw. Lagebericht korrekt**

- ▶ Darstellung des Sachverhalts im Prüfungsbericht
- ▶ Bei verbleibender Unsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit der Beihilfe: Darstellung des Sachverhalts im Prüfungsbericht und Stellungnahme zur Risikoeinschätzung der Geschäftsführung im Lagebericht sowie gegebenenfalls Hinweis auf die verbleibende Unsicherheit im Bestätigungsvermerk, ohne diesen einzuschränken
- ▶ Erläuterung des Sachverhalts im Rahmen der Vorwegberichterstattung im Prüfungsbericht sowie bei der Berichterstattung über die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung gemäß § 53 HGrG
- ▶ Bei bestandsgefährdenden Tatsachen: Darstellung im Prüfungsbericht und Hinweis im Bestätigungsvermerk

#### **(3) Beihilfe unzulässig und Abbildung im Jahresabschluss bzw. Lagebericht NICHT korrekt**

- ▶ Darstellung des Sachverhalts im Prüfungsbericht  
Erläuterung des Sachverhalts im Rahmen der Vorwegberichterstattung im Prüfungsbericht sowie bei der Berichterstattung über die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung gemäß § 53 HGrG
- ▶ Einschränkung beziehungsweise Versagung des Bestätigungsvermerks
- ▶ Bei bestandsgefährdenden Tatsachen: Darstellung im Prüfungsbericht und Hinweis im Bestätigungsvermerk

#### **(4) Keine Information z. B. wegen fehlender Mitwirkung des Zuwendungsgebers**

- ▶ Darstellung des Prüfungshemmnisses im Prüfungsbericht
- ▶ Erläuterung des Sachverhalts im Rahmen der Vorwegberichterstattung im Prüfungsbericht sowie bei der Berichterstattung über die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung gemäß § 53 HGrG
- ▶ Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks wegen Prüfungshemmnis

## **2. Vorbereitung der Abschlussprüfung im Hinblick auf beihilferechtliche Risiken**

Es ist die Verantwortung der Unternehmensleitung, die Einhaltung der beihilferechtlichen Regelungen zu gewährleisten. Die Unternehmensleitung stellt dem Abschlussprüfer die Beihilfen dar und erklärt, aus welchem Grund sie von der Zulässigkeit der jeweiligen Beihilfen ausgeht. Aufgrund der hohen Komplexität und Ausdifferenziertheit des Beihilferechts und der damit verbundenen Herausforderungen im Rahmen der Abschlussprüfung sieht der neue Prüfungsstandard vor, dass zur Klärung rechtlicher Unsicherheiten im Rahmen der Abschlussprüfung auch rechtliche Stellungnahmen des Unternehmens berücksichtigt werden dürfen. Kommunale Unternehmen sollten diese Möglichkeit nutzen und proaktiv sogenannte Beihilfenchecks durchführen. Hierdurch können relevante Sachverhalte kurzfristig identifiziert und rechtlich klassifiziert werden. Die Kommunen und ihre Unternehmen können dadurch gewappnet in die Jahresabschlussprüfungen gehen.

### **2.1. Risikovorsorge durch rechtzeitige Prüfung der beihilferechtlich relevanten Sachverhalte**

#### **2.1.1. Welche Unternehmen müssen geprüft werden?**

Betroffen sind alle Unternehmen und Einrichtungen, die dauerhaft oder vorübergehend Empfänger staatlicher Transferleistungen sind. Besonders relevant sind Unternehmen, die strukturell defizitär sind oder in sogenannten Non-Profit-Bereichen tätig sind:

- ÖPNV
- Bäder
- Stadtentwicklung
- Wirtschaftsförderung
- Krankenhäuser

Es können aber auch Unternehmen und Einrichtungen betroffen sein, die kostendeckend sind beziehungsweise Überschüsse erzielen (beispielsweise kommunale Energieversorgungsunternehmen), beispielsweise wenn ihnen Kommunalbürgschaften bei Kreditaufnahmen gewährt werden.

#### **2.1.2. Um welche begünstigenden Maßnahmen geht es?**

Beihilferechtlich relevant sind nicht nur Geldzahlungen der öffentlichen Hand und ihrer Unternehmen. Grundsätzlich kann jede staatliche Unterstützungsmaßnahme den Beihilfetatbestand erfüllen, sofern dem Unternehmen dadurch ein marktunüblicher Vorteil gewährt wird. In der Praxis von Relevanz sind:

- Kapitaleinlagen;
- (Gesellschafter-) Darlehen;
- Bereitstellung von öffentlicher Infrastruktur (Hallen, Parkplätze et cetera.);
- Grundstücksveräußerungen, Miet-, Pacht- und Dienstleistungsverträge;
- Übernahme von Betriebs- und/oder Erschließungskosten;
- Förderdarlehen, Bürgschaften;
- Gewinnabführungsverträge, Rangrücktrittsvereinbarungen, Patronatserklärungen;
- Ermäßigung oder Befreiung von Steuern, Gebühren und Abgaben.

Eine Beihilfe liegt aber grundsätzlich nicht vor, wenn die Leistung zu Marktbedingungen erbracht wird. Dies lässt sich zum Beispiel durch einen sogenannten Private-Investor-Test nachweisen. Der Private-Investor-Test stellt fest, ob ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder privater Investor die Maßnahme aufgrund der Renditeerwartung zu gleichen Konditionen erbracht hätte.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Siehe hierzu Kapitel 1 S. 13 f.



Die beihilferechtliche Untersuchung aller relevanten Sachverhalte, die das Unternehmen betreffen, sollte rechtzeitig vor der Abschlussprüfung in Angriff genommen werden. Innerhalb der Jahresabschlussprüfung dürfte die umfassende Aufarbeitung der beihilferechtlichen Sachverhalte erfahrungsgemäß bereits aus zeitlichen Gründen nicht gelingen.

### 2.1.3. Wie können die relevanten Sachverhalte identifiziert werden?

Viele beihilferechtlich relevante Sachverhalte sind im Haushaltsplan der Kommune explizit ausgewiesen, beispielsweise Zuschüsse, Verlustausgleiche, Zinshilfen und Übernahmen von Aufwendungen. Weitere wichtige Informationen können über die betroffenen Dezernate eingeholt werden. Bestimmte beihilferechtlich relevante Sachverhalte (zum Beispiel vergünstigte Darlehen, Bürgschaften, Patronatserklärungen, Personalgestellungen, Grundstücksüberlassungen) lassen sich dagegen nicht beziehungsweise nicht hinreichend aus dem Haushalt ermitteln. Für die nähere Identifikation dieser Sachverhalte wird die Anforderung entsprechender Angaben oder Unterlagen aus den zuständigen Dezernaten und im Einzelfall auch ein Interview mit den Verantwortlichen vor Ort erfolgen müssen.

## 2.2. Risikosteuerung durch beihilferechtliche Maßnahmen zum Beispiel einer Betrauung

Sofern der Tatbestand der verbotenen Beihilfe hinsichtlich eines konkret identifizierten Sachverhalts erfüllt ist, kann dennoch von einer aufwändigen Notifizierung bei der Kommission abgesehen werden, wenn ein Rechtfertigungs- oder Freistellungsgrund vorliegt. So kann beispielsweise eine De-Minimis-Beihilfe vorliegen oder eine Freistellung auf der Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung möglich sein. In diesen Fällen ist die Unternehmensleitung dafür mitverantwortlich dafür, dass die jeweilige beihilferechtliche Maßnahme möglichst unverzüglich umgesetzt wird.

### PRAXISTIPP

Eine besondere Rolle spielen Ausgleichszahlungen der Gesellschafter-Kommune für die Erbringung von Dowl. Für kommunale Unternehmen, die in Dowl-Bereichen tätig sind, gibt es beihilferechtliche Erleichterungen (beispielsweise die Möglichkeit einer Betrauung zur Absicherung der Finanzierung von Daseinsvorsorgeaufgaben). Die Unternehmensleitung ist auch hier dafür verantwortlich, dass die Gesellschafter-Kommune über den beihilferechtlichen Sachverhalt und über die möglichen beihilferechtlichen Maßnahmen zur Risikosteuerung in Kenntnis gesetzt wird. Ausgehend von einer rechtzeitigen und umfassenden Information der Aufsichtsgremien des Unternehmens, der Gesellschafterversammlung und der Beteiligten auf Seiten der Gesellschafter-Kommune kann die Unternehmensleitung erreichen, dass die beihilferechtlich erforderlichen Maßnahmen für die (weitere) beihilferechtskonforme Finanzierung des Unternehmens getroffen werden.



## **Kapitel 8**

**Die Webseiten der Kommission  
zum Beihilferecht**

**Ansprechpartner in Hessen  
für beihilferechtliche Fragen**

**Stichwortverzeichnis**

**Autorenverzeichnis**

**Die Arbeitsgruppe**





## Kapitel 8

### Die Webseiten der Kommission zum Beihilferecht

*Sabine S. Groth, Hessische Staatskanzlei*

*Dr. Heinrich Gräber, Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung*

Die Webseiten der Kommission zum Beihilferecht und zur Praxis der Beihilfekontrolle bieten einen umfassenden Einblick in das geltende Beihilferecht, liefern Hinweise zur Anwendung der Bestimmungen und ermöglichen eine gezielte Recherche nach konkreten Beihilfefällen.

Die Webseiten sind in englischer Sprache verfasst; eine Reihe von Dokumenten gibt es in allen drei Arbeitssprachen (Englisch, Französisch, Deutsch), die Rechtstexte sind in allen 23 Arbeitssprachen der EU abrufbar.

Sie gelangen zu den Webseiten wie folgt:

- [http://ec.europa.eu/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/index_de.htm)
- im sich öffnenden Fenster nach unten scrollen und „Recht und Politikbereiche“ anklicken
- im sich öffnenden Fenster „Wirtschaft, Finanzen und Steuern“ anklicken
- im sich öffnenden Fenster etwa mittig unter „Wettbewerb“ „Staatliche Beihilfen“ anklicken
- es öffnen sich englisch-sprachige Seiten der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission zur Beihilfekontrolle „State aid control“, die Sie natürlich auch direkt erreichen können über [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html)

Im Folgenden werden der Aufbau und der Inhalt dieser Webseiten kurz beschrieben:

**Overview:** Unter dieser Rubrik finden Sie zum einen knappe Zusammenfassung des Verfahrens der Beihilfekontrolle: Erläuterung des Begriffs „Beihilfe“, grundsätzliches Beihilfeverbot, Notifizierung von Beihilfen bei der Kommission, Prüfverfahren der Kommission mit Entscheidungsoptionen, Rückforderung von aus Sicht der Kommission zu Unrecht bewilligten Beihilfen, Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Kommission.

Zum anderen finden Sie hier das Beschwerdeformular (auch in Deutsch), das für eine Beschwerde gegen eine aus Sicht des Beschwerdeführers unrechtmäßige Beihilfe verwendet werden soll. Schließlich finden Sie hier die Kontaktadressen der Kommission und der für Beihilfepolitik zuständige Behörden in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

**What's New:** Hier finden Sie aktuelle Pressemeldungen der Kommission mit Beihilfebezug, Hinweise auf aktuelle Veranstaltungen, auf laufende Konsultationen sowie einen Link auf einen wöchentlich erscheinenden Newsletter, die „State Aid Weekly e-News“. Dieser Newsletter enthält Hinweise auf laufende Konsultationen, neue Rechtstexte und kürzlich ergangene Entscheidungen der Kommission.

**Official Journal:** Unter dem Stichwort „Official Journal“ finden Sie Hinweise auf aktuelle Veröffentlichungen von beihilferechtsrelevanten EU-Dokumenten im Amtsblatt der EU sowie einen Link zur Dokumenten-Datenbank der EU „EUR-Lex“.

**Legislation:** Dies ist zweifelsohne eine zentrale Rubrik im Webangebot der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission. Sie finden hier alle einschlägigen, aktuell in Kraft befindlichen Rechtstexte der EU, häufig noch angereichert mit entsprechenden Pressemitteilungen und weiterführenden Informationen (beispielsweise FAQs).

Die Seite „Compilation of State aid rules“ enthält eine Übersicht der wichtigsten Rechtstexte in den drei Arbeitssprachen Deutsch, Englisch und Französisch. Neben dem Europäischen Primärrecht im AEUV sind hier alle einschlägigen Texte des Sekundärrechts abrufbar: Beihilfenverfahrensrecht, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Gemeinschaftsrahmen/Leitlinien für die verschiedenen horizontalen und sektoralen Ausnahmetatbestände vom grundsätzlichen Beihilfenverbot, Texte zu spezifischen Beihilfeinstrumenten (beispielsweise Bürgschaften), Paket zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DawI) et cetera.

**Cases:** Diese Rubrik enthält eine Datei aller von der Kommission entschiedenen Beihilfeprogramme beziehungsweise Einzelmaßnahmen seit dem Jahre 2000. Eine einfache englischsprachige Suchmaske ermöglicht eine gezielte Suche nach einzelnen Fällen. Für die Jahre vor 2000 steht ein Archiv zur Verfügung, in dem bis zum Jahr 1964 gesucht werden kann.

**State aid scoreboard:** Auf dieser Seite finden Sie eine Übersichtsgrafik von verschiedenen Arten von Beihilfen sowie ein Archiv, in dem Sie konkret nach statistischen Daten in den Beihilfeanzeigen recherchieren können.

**Statistics, studies and reports:** Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission regelmäßig statistische Daten zu den Beihilfen, die sie gewähren; diese werden in dem jährlich erscheinenden Beihilfeanzeiger zusammengefasst und nach Mitgliedstaaten, Beihilfeinstrumenten und Beihilfezielsetzungen differenziert ausgewiesen. Darüber hinaus können Sie hier gezielt nach Verfahren recherchieren, in denen die Kommission eine Rückforderung von nach ihrer Auffassung zu Unrecht gewährten Beihilfen angeordnet hat.

Weiterhin finden Sie hier von der Kommission in Auftrag gegebene Studien und Handbücher sowie weiteres Informationsmaterial.

Unter der Rubrik **Cooperation with national courts** finden Sie die einschlägigen Dokumente und Hinweise zur Zusammenarbeit der Generaldirektion Wettbewerb mit den nationalen Gerichten, und zwar differenziert nach „Antitrust“ (Kartellrecht) und „State aid“ (Beihilferecht).

Dabei liegt die Entscheidung über die materielle Zulässigkeit einer Beihilfe in der Zuständigkeit der Kommission und des Europäischen Gerichtshofes EuGH. Auch kann die Kommission die Rückforderung einer Beihilfe veranlassen.

Aufgabe der nationalen Gerichte im Beihilferecht ist indes die Durchsetzung des Beihilfenrechts, zum Beispiel bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 107 AEUV. Durch die Anrufung nationaler Gerichte kann beispielsweise die Verhinderung der Auszahlung rechtswidriger Beihilfen, die Anordnung der Rückzahlung rechtswidriger Beihilfen, die Zahlung von Schadenersatz für Mitwerber oder einstweilige Maßnahmen gegen rechtswidrige Beihilfen erwirkt werden.

Die Rubrik **State aid modernisation** beschreibt das Reformpaket zum Beihilferecht, dass die Kommission unter dem Wettbewerbskommissar Joaquin Almunia bis einschließlich 2014 umgesetzt hat.

Ziel der Reform der Beihilfepolitik der EU ist es vor allem, staatliche Beihilfen stärker als bisher mit den grundsätzlichen Politikzielen der EU in Einklang zu bringen und insbesondere in den Dienst der Wachstumsstrategie Europa2020 zu stellen. Auf diese Weise werden Beihilfen bereichsübergreifend nach einheitlichen Kriterien (Beitrag zu einem gemeinschaftlichem Ziel, Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit, möglichst geringe Wettbewerbsverzerrung, Transparenz) bewertet.

Aus kommunaler Sicht dürfe neben „Legislation“ die Rubrik **Public services and competition** am wichtigsten sein. Hier finden Sie alle Informationen rund um Dawl, vor allem die sog. Altmark-Rechtsprechung aus dem Jahre 2003, Erläuterungen zum Dawl-Paket aus dem Jahre 2012 (Folien-Präsentation der Europäischen Kommission sowie weiterführende Informationen und Links, z.T. auch in deutscher Sprache) sowie Berichte der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Dawl-Vorschriften. In die letztgenannten Berichte gehen unter anderem die Informationen ein, die das Hessische Innenministerium bei den hessischen Kommunen alle zwei Jahre abfragt (erstmals im Jahre 2014 erfolgt).

Die Rubrik **Regional aid** ist den Regionalbeihilfen gewidmet. Sie enthält unter anderem die aktuellen sowie auch die früheren Leitlinien für Regionalbeihilfen sowie die sogenannten Fördergebietskarten der Mitgliedstaaten. Hessen verfügt aufgrund seiner Wirtschaftsstärke mit dem Werra-Meißner-Kreis lediglich über einen Landkreis mit einem Regionalfördergebiet nach Art. 107 Absatz 3c AEUV (sogenanntes c-Gebiet). Einige Fördermodalitäten können aber durchaus auch von Relevanz für hessische Kommunen sein, etwa die Bestimmung, dass förderinduzierte Betriebsverlagerungen in ein Regionalfördergebiet (etwa aus Hessen nach Osteuropa) in der Regel von der Kommission nicht genehmigt würden.

Unter **State Aid Weekly e-News** finden Sie den bereits oben unter „News“ erwähnten Newsletter der Kommission mit Berichten über die aktuellsten Entwicklungen und Entscheidungen im Beihilferecht und der Beihilfepolitik.

Die Rubrik **Complaints** umfasst nähere Erläuterungen zu dem Verfahren der Beschwerde gegen mutmaßlich rechtswidrige staatliche Beihilfen. Die Informationen auf dieser Seite sind in den 23 Amtssprachen der EU verfügbar.

Auf der Seite wird erläutert, wer eine solche Beschwerde erheben kann (beispielsweise Konkurrenten von Beihilfeempfängern, aber auch Fraktionen aus Kommunalparlamenten) und wie die Beschwerde eingereicht wird. Die Seite enthält ferner Hinweise auf die Rechtsgrundlage von Beschwerden, auf Rechtsschutzmöglichkeiten vor nationalen Gerichten und einen Link auf das Beschwerdeformular.

Neben den Webseiten der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission beinhalten weitere Webseiten anderer Dienststellen der Kommission Informationen über die EU-Beihilfepolitik und das EU-Beihilferecht.

Hier ist insbesondere die Webseite über Zusammenfassung der EU-Gesetzgebung von Interesse: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/state\\_aid/index\\_de.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/index_de.htm)

Nach einzelnen Politikbereichen und Themen aufgegliedert, bietet diese Webseite einen Überblick über die geltende Gesetzgebung auf europäischer Ebene. Im Einzelnen umfasst die Seite Informationen über verschiedene Beihilfe-Vorschriften, wie zum Beispiel

- Allgemeine Vorschriften (beispielsweise Aktionsplan staatliche Beihilfen; Beihilfen für kleine und mittlere Unternehmen),



- Gruppenfreistellungen (beispielsweise Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt; Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen; De-minimis-Beihilfen),
- Horizontale Bestimmungen (beispielsweise Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen; Staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation; Staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten),
- Regionalbeihilfen,
- Dienstleistungen im Allgemeinen Interesse (beispielsweise Reform der EU-Beihilfavorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; De-minimis-Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse);

Spezifische Beihilfen (beispielsweise staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen in kleine und mittlere Unternehmen; Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften; Staatliche Beihilfen in kurzfristigen Exportkreditversicherungen; Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand; Beihilfeelemente in der direkten Unternehmensbesteuerung).

## Ansprechpartner in Hessen für beihilferechtliche Fragen

Die Zuständigkeit für beihilferechtliche Fragen in Hessen ist – wie auch bei der Europäischen Kommission und auf Bundesebene – von dem jeweils betroffenen Sektor abhängig:

Der zentrale Ansprechpartner für allgemeine Fragen des Beihilferechts sowie für alle Sektoren mit Ausnahme von Verkehr und Landwirtschaft in Hessen ist das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung (HMWEVL) in Wiesbaden als Landeskartellbehörde, und hier das Referat „Wirtschaftspolitik“ (Referat II.1).

Bitte wenden Sie sich an Herrn Referatsleiter Dr. Heinrich Gräber, Herrn Dr. Bernhard Schulz (Referent) oder Herrn Oliver Kaiser (Referent), Telefon 0611-815-2288/-2325/-2299.

Falls erforderlich, wird das Referat II.1 des HMWEVL den Kontakt zum Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) herstellen, welches beispielsweise für die Durchführung von Notifizierungen für alle Bundesländer zuständig ist.

Zuständig für beihilferechtliche Fragen aus dem Sektor Verkehr ist ebenfalls das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung in Wiesbaden, hier die Abteilung V „Mobilität, Luftverkehr, Eisenbahnwesen“. Ansprechpartnerin ist Frau Susanne Rumstich aus dem Referat V.5, Telefon 0611-815-2389.

Für beihilferechtliche Sachverhalte im Bereich von landwirtschaftlichen Beihilfen ist das Hessische Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (HMUKLV) zuständig, dort das Referat VII. „Koordination der Entwicklung des ländlichen Raums, EU-Angelegenheiten des ländlichen Raums, ELER-Verwaltungsbehörde, Investive Förderprogramme“. Ansprechpartner ist Herr Referatsleiter Joachim Dippel, Telefon 0611-815-1790.

Sektorenunabhängig ist zentraler Ansprechpartner für die hessischen Kommunen die Kommunalaufsicht im Hessischen Ministerium des Inneren und für Sport.

Ansprechpartner für beihilferechtliche Fragen mit EU-Bezug ist auch in der Vertretung des Landes Hessen bei der EU in Brüssel, Frau Referatsleiterin Dr. Perdita de Buhr, Telefon 0032-2-739-5953.

Für Angelegenheiten der Kommunen ist in der Hessischen Landesvertretung in Brüssel außerdem Herr Andreas Kuckro zentraler Ansprechpartner, Telefon 0032-2-739-5943.

Hilfreiche Unterstützung bieten darüber hinaus die kommunalen Spitzenverbände in Hessen sowie deren Repräsentanz in Brüssel.

**Hessischer Städtetag e.V.**

Frankfurter Straße 2  
65189 Wiesbaden  
E-Mail: [posteingang@hess-staedtetag.de](mailto:posteingang@hess-staedtetag.de)  
Telefon: 0611-1702-0  
Telefax: 0611-1702-17

**Hessischer Landkreistag**

Frankfurter Straße 2  
65189 Wiesbaden  
E-Mail: [info@hlt.de](mailto:info@hlt.de)  
Telefon: 0611-1706-0  
Telefax: 0611-1706-27  
PC-Fax: 0611-900297-70

**Hessischer Städte- und Gemeindebund e.V.**

Henri-Dunant-Str. 13  
63165 Mühlheim am Main  
E-Mail: [hsgb@hsgb.de](mailto:hsgb@hsgb.de)  
Telefon: 06108-6001-0  
Telefax: 06108-6001-57

Die kommunalen Spitzenverbände unterhalten Europabüros in Brüssel, die gemeinsam die Interessen der Städte, Kreise und Gemeinden auf europäischer Ebene vertreten.

**Europabüro des Deutschen Städtetages**

Avenue des Nerviens 9-31  
B-1040 Brüssel  
E-Mail: [walter.leitermann@staedtetag.de](mailto:walter.leitermann@staedtetag.de)  
Telefon: 0032-2-740-1620

**Europabüro des Deutschen Landkreistages**

Avenue des Nerviens 9-31  
B-1040 Brüssel  
E-Mail: [Tanja.Struve@Landkreistag.de](mailto:Tanja.Struve@Landkreistag.de)  
Telefon: 0032-2-740-1632

**Europabüro des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB)**

Avenue des Nerviens 9-31, bte. 3  
B-1040 Brüssel  
E-Mail: [dstgb@eurocommunal.eu](mailto:dstgb@eurocommunal.eu)  
Telefon: 0032-2-740-1640  
Telefax: 0032-2-740-1641  
[www.eurocommunal.eu](http://www.eurocommunal.eu)

Alle Angaben beruhen auf dem Stand 30.04.2015.

## Stichwortverzeichnis

### A

---

Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung 48 ff., 88, 107 ff., 118  
Altmark-Trans-Kriterien 15 f., 48, 61 ff., 65  
Anreizeffekt 49 f., 108  
Ansprechpartner 142  
Anstalt des öffentlichen Rechts 10  
Avalprovision 25, 84 ff.

### B

---

Beihilfetatbestand 9  
Beihilfetatbestand, Unternehmen 9 ff., 45, 47  
Beihilfetatbestand, Begünstigung, 13 ff., 47  
Beihilfetatbestand, staatliche Mittel, 16 f.  
Beihilfetatbestand, Selektivität 17 f.  
Beihilfetatbestand, Wettbewerbsbeeinträchtigung 18 ff.  
Berichtspflicht 49, 120 f.  
Betrauungsakt, Mindestinhalt 26 ff., 68 ff., 102 ff., 135  
Betrauungsakt, Umsetzung 71 ff., 102 ff.  
Betrauungsakt, steuerrechtliche Aspekt 75 ff., 104 ff.  
Bietverfahren 31 ff., 39 f., 47 f.  
Bilanzierung von Beihilfen 27, 127 ff., 133  
Bürgschaft 60, 70, 81 ff., 120, 125, 134  
Bürgschaftsmitteilung 83 ff., 118  
Bürgschaftsregelung 85 ff.

### D

---

Darlehen 49, 91 ff., 134  
De-minimis-Verordnung 10, 19, 21, 86 ff., 92, 109 f.  
Dawl-De-minimis-Verordnung 19, 64, 87 f., 110 f., 119 f.  
Dawl-Rahmen 64  
Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse 56 f., 61 ff., 66 ff.  
Dokumentationspflicht 14, 20, 38, 49, 111 f., 118 f., 132

### E

---

Eigenbetrieb 10, 18, 45

### F

---

Fremdvergleich (Private-Investor-Test) 13 f., 30, 38, 93 ff., 96, 134  
Freistellungsbeschluss 65 ff., 87 f., 101 f., 131 f.

### G

---

Grundstückskauf 38 ff.  
Grundstücksverkauf 30 ff.

### H

---

Haftung des Empfängers 26, 71, 112, 117, 124 ff.  
Hoheitliche Tätigkeit 11 f., 46 f.

## I

---

Inhouse-Vergabe 14, 18  
IDW PS 700 127 ff., 131 ff.

## K

---

Kapitalmaßnahmen 93 ff., 96  
Kommunalaufsicht 82  
Konkurrentenklage 25 f., 31, 89, 118, 128 ff.  
Kostenausgleich 69 ff., 103  
Kultur 50 ff., 108

## L

---

lokale Infrastruktur 18, 36 f., 44 ff. 48, 51 f., 56

## N

---

No-Aid-Notifizierung 65, 95 f.  
Notifizierungspflicht Rechtsfolge 23 ff., 88 ff., 92 f., 126 f.  
Notifizierungspflicht Verfahren 21 ff.

## P

---

Pflichten des Empfängers, Geschäftsführung 26 f., 117, 124, 126 f., 131  
Pflichten des Empfängers, Aufsichtsrat 27, 117, 125 f.  
Preisrecht 14  
Privatisierung 38 ff.  
Prüfverfahren der Kommission 23 f., 127 f.

## R

---

Regiebetrieb 10  
Rückforderung 24 f., 40, 74, 88 f., 92 f., 113 ff., 116 f., 128

## S

---

salvatorische Beihilfeklausel 25, 41 f.  
Sport- und Freizeiteinrichtungen 52 ff.  
Steuerlicher Querverbund 10, 78 f., 106

## T

---

transparente Beihilfe 49 f., 86 f., 88, 96, 108  
Trennungsrechnung 47, 70 f., 87, 104, 106

## U

---

Überkapazitäten 47  
Überkompensation 69 ff., 95, 111 ff., 115  
Umwegrendite 14, 32  
Unternehmen in Schwierigkeiten 83, 92, 94

## V

---

Verbindliche Auskunft 76 f., 106

## W

---

Wertgutachten 32 ff., 40 f.

## Autorenverzeichnis

Kapitel-Nr.	Titel	Autoren
1	Einführung: Beihilfetatbestand und Notifizierungspflicht	<b>Dr. Carsten Jennert, LL.M.</b> KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  <b>Dr. Ben Michael Risch</b> Hessischer Städtetag
2	Kommunale Grundstücksverkäufe, Wirtschaftsförderung und Privatisierungen	<b>Dr. Carsten Jennert, LL.M.</b> KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  <b>Martin Jung</b> Hessischer Städte- und Gemeindebund
3	Kommunale Infrastrukturen	<b>Dr. Armin Huhn</b> KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  <b>Sabine S. Groth</b> Hessische Staatskanzlei
4	Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge	<b>Sarah Ludwig, LL.M.</b> KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  <b>Dr. Ben Michael Risch</b> Hessischer Städtetag
5	Darlehen und Bürgschaften zugunsten kommunaler Unternehmen	<b>Mariola Drzisla</b> Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen  <b>Dr. Carsten Jennert, LL.M.</b> <b>Dr. Armin Huhn</b> KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
6	Die beihilferechtliche Beordnung am Beispiel der Stadt Frankfurt am Main	<b>Thomas Tschirmer</b> <b>Lars Scheider</b> Stadt Frankfurt am Main
7	Darstellung EU-Beihilferechtlicher Risiken im Jahresabschluss und Lagebericht	<b>Hans-Peter Busson,</b> Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  <b>Susanne Müller-Kabisch</b> Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft
8	Die Webseiten der Europäischen Kommission zum Beihilferecht und zur Praxis der Beihilfekontrolle	<b>Sabine S. Groth</b> Hessische Staatskanzlei  <b>Dr. Heinrich Gräber</b> Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung



## Die Arbeitsgruppe

<b>Hans-Peter Busson</b>	Partner, Government & Public Sector Leader Germany Switzerland Austria, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
<b>Mariola Drziszla</b>	Rechtsanwältin, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, Abteilung Recht und Steuern
<b>Dr. Heinrich Gräber</b>	Leiter des Referats Wirtschaftspolitik im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung
<b>Sabine S. Groth</b>	Stellvertretende Abteilungsleiterin Europa und Internationale Angelegenheiten in der Hessischen Staatskanzlei
<b>Thorsten Hardt</b>	Leiter des Referates Kommunale Finanzaufsicht und Kommunalwirtschaft im Hessischen Ministerium des Innern und für Sport
<b>Simone Hartmann</b>	Kaufmännische Leiterin mattiaqua Eigenbetrieb der Landeshauptstadt Wiesbaden
<b>Dr. Armin Huhn</b>	Rechtsanwalt, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main
<b>Dr. Carsten Jennert LL.M.</b>	Rechtsanwalt, Partner, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main Lehrbeauftragter der Universität Speyer für Vergaberecht und Beihilferecht
<b>Martin Jung</b>	Hessischer Städte- und Gemeindebund
<b>Sarah Ludwig, LL.M.</b>	Rechtsanwältin, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main
<b>Susanne Müller-Kabisch</b>	Rechtsanwältin, Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft
<b>Dr. Ben Michael Risch</b>	Hessischer Städtetag
<b>Lars Scheider</b>	Abteilungsleiter Beteiligungsmanagement in der Kämmerei der Stadt Frankfurt am Main
<b>Mechthild Schmitt</b>	Stadt Fulda, Stadtkämmerei Steuern und Beteiligungen
<b>Dr. Matthias Stork</b>	Hessisches Ministerium des Innern und für Sport, Referat Kommunale Finanzaufsicht und Kommunalwirtschaft
<b>Thomas Tschirmer</b>	Sachgebietsleiter EU-Beihilferecht, Städtetag, ÖPP-Grundsatzangelegenheiten, Zentrale Aufgaben in der Kämmerei der Stadt Frankfurt am Main
<b>Dirk Westedt</b>	Bürgermeister der Stadt Hochheim am Main
<b>Thomas Zenzen</b>	Landeshauptstadt Wiesbaden, Leiter des Revisionsamtes
<b>Angela Zentgraf</b>	Hessischer Landkreistag

**Gestaltungskonzept & Artwork** N. Faber de.sign, Wiesbaden

**Druck** VMK Druckerei GmbH, Monsheim

**Bildnachweise** S. 4, v.o.n.u. © Stadt Kassel; © Stadt Pohlheim; © Main-Kinzig-Kreis |  
S. 7: © Amio Cajander | S. 29: © garteneidechse - Fotolia.com;  
© Alterfalter - Fotolia.com | S. 43: © tournee - Fotolia.com |  
S. 59: © bluedesign - Fotolia.com | S. 79 + S. 137: © N. Faber de.sign |  
S. 97: © ArTo - Fotolia.com | S. 123: © Stefan Yang - Fotolia.com

© Juli 2015





Hessischer Städtetag



Hessischer Städte-  
und Gemeindebund



Hessischer  
Landkreistag



*cutting through complexity*