

LEITFADEN

EUROPÄISCHES BEIHILFENRECHT IN DER KOMMUNALEN PRAXIS

Zweite Auflage

Stand: 1. Januar 2022



Vorwort der kommunalen Landesverbände Baden-Württemberg

Ob im Zusammenhang mit Förderprogrammen, kommunalen Bürgschaften, Darlehen, Zuschüssen und weit darüber hinaus: das Europäische Beihilferecht ist in einer Vielzahl kommunaler Betätigungsfelder zu berücksichtigen. Angesichts der doch recht komplexen Rechtsmaterie haben die Kommunalen Landesverbände gemeinsam mit der renommierten Kanzlei Menold Bezler bereits im Jahr 2014 eine erste Auflage dieses praxisorientierten Leitfadens herausgegeben.

Auch mit der jetzt vorliegenden, zweiten Auflage hat die Kanzlei Menold Bezler eine detaillierte und vor allem praxisnahe Fortschreibung des Leitfadens unternommen. Bereits die erste Auflage berücksichtigte in vielfältiger Form die Diskussionsbeiträge und Fallbeispiele aus den seinerzeit durchgeführten Qualifizierungsveranstaltungen zum Beihilferecht. Dieser praxisorientierte Ansatz wurde konsequent weiterverfolgt und wird in den kommenden Monaten zudem in bewährter Weise mit Praxisseminaren an der VWA und der Verwaltungsschule flankiert.

Herzstück des Leitfadens ist nach wie vor die prägnante Aufbereitung des Europäischen Beihilferechts in dessen kommunalrelevanten Zusammenhängen. Wenn auch nicht ausschließlich, hat insbesondere die Abfederung der wirtschaftlichen Pandemiefolgen zu – auch beihilferechtlich – ungeahnten Änderungen geführt. Dies und die sonstigen Entwicklungen der vergangenen sechs Jahre sind in die vorliegende, annähernde Neufassung des Leitfadens eingeflossen.

Nach Einschätzung der Kommunalen Landesverbände stellt die Neuauflage eine ideale Einstiegs- und Prüfungsgrundlage für die tägliche Arbeit in den Kommunen und kommunalen Unternehmen dar.

Gemeindetag Baden-Württemberg

Landkreistag Baden-Württemberg

Städtetag Baden-Württemberg

Vorwort der Autoren

Das EU-Beihilfenrecht betrifft alle Konstellationen, in denen Unternehmen durch staatliche Mittel begünstigt werden. Durch die umfangreichen Fördermaßnahmen während und nach der COVID-19-Pandemie ist diese Rechtsmaterie aus dem Nischendasein in den Vordergrund getreten, auch wenn sie schon seit 1958 als Teilgebiet des Europarechts existiert. Es wurde daher höchste Zeit, den erstmals 2014 durch die kommunalen Spitzenverbände Baden-Württemberg herausgegebenen Leitfaden an die aktuelle Rechtslage anzupassen. Das Ergebnis dieser Überarbeitung ist die nun vorliegende, weitgehende Neufassung des Leitfadens.

Dieser Leitfaden dient dazu, Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der kommunalen Verwaltung einen praxisorientierten Überblick über die für sie relevanten Probleme und Lösungsmöglichkeiten des Europäischen Beihilfenrechts aufzuzeigen. Der Leitfaden möchte dazu beitragen, die Einschätzung rechtlicher Risiken für Kommunen und kommunale Unternehmen zu erleichtern und eine klare Abgrenzung zwischen rechtlich (noch) zulässigen und bereits unzulässigen Maßnahmen treffen zu können.

Dieser Leitfaden fokussiert sich auf die nach unserer Erfahrung typischerweise auftretenden Fragestellungen in der kommunalen Praxis. Er kann zwar nicht alle Fallgestaltungen umfassend abbilden, soll aber das Bewusstsein schärfen, in welchen Fällen eine rechtliche Selbsteinschätzung durch die Kommune genügt und wann externer Rechtsrat durch einen im Beihilfenrecht spezialisierten Rechtsanwalt hinzugezogen werden sollte. Insbesondere in Konstellationen, die noch nicht abschließend durch den Europäischen Gerichtshof entschieden sind, ist eine qualifizierte beihilfenrechtliche Einzelfallprüfung geboten.

Steuerliche Fragestellungen, insbesondere umsatzsteuerliche Aspekte, werden in diesem Leitfaden nicht dargestellt, sind aber gleichwohl bei jeder beihilfenrechtlich relevanten Maßnahme mit zu bedenken und gegebenenfalls mit Steuerfachleuten abzustimmen.

Wir hoffen, Ihnen mit den in diesem Leitfaden enthaltenen Ausführungen hilfreichen Praxisüberblick über das Europäische Beihilfenrecht geben zu können und dadurch Kosten, Reputationsschäden und Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

Stuttgart, im Januar 2022

Dr. Jochen Bernhard
- Rechtsanwalt -

Dr. Beatrice Fabry
- Rechtsanwältin -

Daniel Klass
- Rechtsanwalt -

Menold Bezler Partnerschaft

INHALTSVERZEICHNIS

A. Überblick	8
I. Sinn und Zweck des Beihilfenrechts	8
II. Die Bedeutung des Beihilfenrechts in der kommunalen Praxis	9
1. Europäische Kommission	11
2. Rolle der nationalen Gerichte.....	12
3. Finanzierung durch Banken	13
4. Prüfung im Rahmen der Jahresabschlussprüfung.....	13
5. Rolle der Rechnungsprüfungsämter und Rechnungshöfe.....	13
III. Wesentliche Verständnisquellen zum Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis	14
1. Rechtliche Grundlagen	14
2. Prüfungsschema	16
B. Die Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots	17
I. Der beihilfenrechtliche „Unternehmens“-Begriff	17
1. Allgemeines	17
2. Erfassung kommunaler Unternehmen	20
II. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln	22
III. Vorliegen einer „Begünstigung“	24
1. Allgemeines	24
2. Marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter / Private Investor Test ..	25
3. Methoden zur Feststellung der Marktkonformität einer Transaktion.....	26
IV. Selektivität der Begünstigung	28
V. Wettbewerbsverfälschung.....	30
VI. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	30
1. Grundsatz: Weite Auslegung.....	30

2. Neuere Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission	31
VII. Ausnahme: Vorliegen einer Bagatellbeihilfe nach der De-minimis-VO	34
1. Allgemeines	34
2. Materielle Voraussetzungen der De-minimis-VO	35
3. Formale Anforderungen der De-minimis-VO	38
4. Kumulierung von De-minimis-Beihilfen mit Corona-Beihilfen	39
C. Beihilfenrechtliche Behandlung kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen.....	40
I. Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)	40
II. Die beihilfenrechtliche Bewertung der Finanzierung von Leistungen der	
Daseinsvorsorge	43
1. Tatbestandsausnahme vom Beihilfenrecht nach der Rechtsprechung des EuGH i.S. „Altmark Trans“	44
2. Ausnahme vom Beihilfenverbot für Bagatellbeihilfen nach der DAWI-De- minimis-Verordnung.....	45
3. Ausnahme von der Notifizierungspflicht einer Beihilfe für DAWI nach dem Freistellungsbeschluss	47
a) Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses.....	47
b) Vorliegen einer DAWI und Beschränkung der Finanzierungsmaßnahme auf die DAWI	49
c) Anforderungen an einen Betrauungsakt.....	50
aa) Erscheinungsformen von Betrauungsakten	51
bb) Bestimmung und Berechnung der Ausgleichsleistungen.....	52
cc) Vermeidung und Kontrolle einer Überkompensation	54
dd) Verpflichtung zur Trennungsrechnung.....	55
ee) Überwachungs- und Dokumentationspflichten.....	55

ee) Zuständigkeitsfragen	56
4. Notifizierung und Genehmigung von Finanzierungsmaßnahmen für DAWI nach dem Unionsrahmen für Ausgleichsleistungen für DAWI	56
D. Freistellung auf Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung	57
I. Überblick und Regelungsmechanismus	57
II. Die allgemeinen Gruppenfreistellungsvoraussetzungen	58
1. Nichtüberschreiten der spezifischen Schwellenwerte, Art. 4 AGVO	58
2. Transparenz der Beihilfe, Art. 5 AGVO	59
3. Anreizeffekt, Art. 6 AGVO	59
4. Veröffentlichung und Information, Art. 9 AGVO	59
III. Die wichtigsten Gruppenfreistellungstatbestände für die kommunale Praxis	60
1. Beihilfen für die Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes, Art. 53 AGVO	60
2. Beihilfen für Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur, Art. 55 AGVO ..	61
3. Beihilfen für lokale Infrastrukturen, Art. 56 AGVO	62
E. Die Übernahme von Bürgschaften	64
I. Allgemeine Grundsätze	64
II. Übernahme von Bürgschaften auf der Grundlage der Bürgschaftsmitteilung	66
1. Allgemeines	66
2. Anforderungen an die beihilfenrechtskonforme Übernahme von Einzelbürgschaften	66
a) Begrenzung der Bürgschaft auf 80 % des ausstehenden Kreditbetrags, lit. (c) 67	
b) Zahlung eines marktüblichen Entgelts, lit (d)	68
III. Übernahme von Bürgschaften als „De-minimis“-Beihilfen	69
1. Bürgschaften auf Grundlage der allgemeinen De-minimis-Verordnung	69

2. Bürgschaften auf Grundlage der DAWI-De-minimis-VO	70
IV. Übernahme von Bürgschaften auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses	70
F. Gewährung von Darlehen und Kapitalzuführungen an kommunale Unternehmen	72
I. Gewährung von Darlehen	72
1. Darlehensgewährung auf der Grundlage des „Private-Investor-Tests“	72
2. Darlehensgewährung auf der Grundlage der De-minimis-VO	74
3. Darlehensgewährung auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses	75
II. Kapitalzuführungen	75
G. Kommunale Grundstücksgeschäfte	77
I. Allgemeines	77
II. Verkauf im Wege eines Bieterverfahrens	77
III. Verkauf ohne Bieterverfahren	79
H. Finanzierung kommunaler Infrastruktur	80
I. Die drei Ebenen der Infrastrukturförderung	80
II. Ausschluss von tatbestandlichen Beihilfen	81
1. Errichterebene	81
a) Wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten	81
b) Keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten	83
2. Betreiberebene	84
3. Endnutzerebene	84
III. Freistellung von tatbestandlichen Beihilfen	85
Stichwortverzeichnis	87
Kontakt zu den Autoren	89

A. Überblick

Der Begriff der Beihilfe hat im deutschen Recht drei Bedeutungen: Er erfasst zum einen die finanzielle Unterstützung für Beamte (beamtenrechtliche Bedeutung). Zum anderen bezieht er sich auf staatliche Begünstigungen an Unternehmen (europarechtliche Bedeutung). Darüber hinaus wird er auch im Strafrecht angewandt, wenn im Strafgesetzbuch von einer „Beihilfe zu einer Straftat“ gesprochen wird (strafrechtliche Bedeutung). Dieser Leitfaden betrifft ausschließlich die europarechtliche Bedeutung. Umgangssprachlich wird in diesem Kontext häufig auch der Begriff der „Subvention“ als Synonym für das Wort „Beihilfe“ verwendet.

I. Sinn und Zweck des Beihilfenrechts

Beihilfen für Unternehmen innerhalb der Europäischen Union sind im Grundsatz verboten. Die Ausnahmen zu diesem Verbot sind jedoch so umfangreich, dass sich ein eigenständiges Rechtsgebiet daraus entwickelt hat. Das Beihilfenverbot ist in Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelt. Sein Wortlaut lautet wie folgt:

„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.“

Die „Verträge“, auf die diese Regelung Bezug nimmt, sind die völkerrechtlichen Verträge zwischen den Europäischen Mitgliedstaaten. Zweck des Beihilfenverbots ist, zu verhindern, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt und der Wettbewerb verfälscht wird. Schlussendlich soll dadurch auch ein Subventionswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten und somit eine Verschwendung von Steuergeldern vermieden werden.

Eine Beihilfe liegt vor, wenn die nachfolgend aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen *kumulativ* erfüllt sind.

Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe:

- (1) Es handelt sich um eine Maßnahme zugunsten eines *Unternehmens*.
- (2) Sie wird aus *öffentlichen Mitteln* finanziert.
- (3) Sie hat *begünstigende Wirkung* für das Unternehmen.

- (4) Sie begünstigt ein *bestimmtes* Unternehmen (Selektivität).
- (5) Sie ruft die Gefahr einer *Verfälschung des Wettbewerbs* sowie eine *Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels* hervor.

Fehlt es an einem dieser fünf Kriterien, dann liegt keine Beihilfe vor. In diesem Fall ist die betreffende Maßnahme jedenfalls vor dem Hintergrund des Europäischen Beihilfenrechts unbedenklich und es besteht auch keine Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung und Genehmigung durch die Europäische Kommission vor der Gewährung einer finanziell messbaren Begünstigung.

Sind hingegen sämtliche Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots erfüllt, müssen Beihilfen vor ihrer Gewährung grundsätzlich bei der Europäischen Kommission angemeldet und von dieser genehmigt werden (sog. „*Notifizierung*“). Bis zur Genehmigung durch die Europäische Kommission darf eine solche Beihilfe nicht gewährt werden (sog. „*Durchführungsverbot*“).

Eine Anmeldung ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn die Maßnahme aufgrund des Eingreifens einer Sonderregelung wie z.B. der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. hierzu **D.**) oder des Freistellungsbeschlusses (vgl. hierzu Abschnitt **C.**), von der Anmeldepflicht freigestellt ist. Solche Ausnahmen greifen in der kommunalen Praxis häufig ein.

Die Verpflichtung zur Anmeldung und Genehmigung durch die Europäische Kommission entfällt auch dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 AEUV erfüllt sind. Diese Vorschrift enthält verschiedene zwingende Ausnahmen vom Beihilfenverbot. Darüber hinaus kann die Europäische Kommission nach Art. 107 Abs. 3 AEUV auch bestimmte Beihilfen nach ihrem Ermessen für zulässig erachten. Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV betrifft etwa Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats. Diese Regelung hat in der COVID-19-Pandemie Bedeutung erlangt. Im Übrigen spielen diese Fallgruppen jedoch in der kommunalen Praxis keine besondere Rolle.

II. Die Bedeutung des Beihilfenrechts in der kommunalen Praxis

Das Beihilfenrecht wird in der kommunalen Praxis an verschiedenen Stellen relevant. Gemeinden, Städte und Landkreise können sowohl als **Beihilfengeber** – so etwa bei der Förderung kommunaler Einrichtungen der Daseinsvorsorge oder der Übernahme von Bürgschaften zugunsten lokaler Unternehmen – als auch in der Rolle des **Beihilfenempfängers** – etwa bei der Beantragung von Bundesfördermitteln durch kommunale Unternehmen – mit dem Beihilfenrecht in Berührung kommen.

Die **Gesetzesbindung der Verwaltung** umfasst auch das Beihilfenrecht. Bei der Gewährung finanzieller Vorteile an Unternehmen sind die Kommunen daher verpflichtet, die beihilfenrechtliche Zulässigkeit jeder Maßnahme im Vorfeld zu prüfen. Umgekehrt hat auch dann eine beihilfenrechtliche Prüfung zu erfolgen, wenn die Kommune bzw. eines ihrer Unternehmen Fördermittel erhält, denn das wirtschaftliche Risiko der Rückforderung einer unzulässigen Beihilfe trägt der Beihilfenempfänger.

Oftmals sind es auch Akteure außerhalb der Leistungsverwaltung, die verschiedene Interessen an der Einhaltung des Beihilfenrechts haben, die damit aber auch das Verhalten der öffentlichen Stellen beeinflussen:

- Wichtigster Akteur ist zunächst die **Europäische Kommission**, die ein Entscheidungsmonopol für die Frage der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt (nachfolgend unter lit. **a**)) hat. Sie kann von Amts wegen oder auf eine Beschwerde eines durch eine Beihilfe Betroffenen hin tätig werden. Die Europäische Kommission wird durch die nationalen Gerichte unterstützt, die dazu berufen sind, Verstöße gegen das Durchführungsverbot zu sanktionieren. Die Entscheidungen der Europäischen Kommission können nur durch die EU-Gerichte überprüft werden.
- **Wettbewerber der begünstigten Unternehmen** können nicht nur bei der Europäischen Kommission eine Beihilfenbeschwerde einreichen, sondern auch vor den nationalen Gerichten um Rechtsschutz nachsuchen. Sie können dort auf Unterlassung, Rückforderung und Schadensersatz klagen (vgl. die Ausführungen unter lit. **b**)). Diese „Drohkulisse“ bildet häufig einen wesentlichen Anreiz für die begünstigten Unternehmen, die Beihilfenrechtskonformität einer Zuwendung vorab überprüfen zu lassen.
- Oftmals sind auch **finanzierende Banken** darauf bedacht, dass Sicherheiten, die ihnen von öffentlichen Stellen zur Absicherung von Darlehen an kommunale Unternehmen gewährt werden, auch beihilfenrechtlich zulässig sind (hierzu unter lit. **c**)).
- Auch die **Wirtschaftsprüfer** wachen darüber, dass die Finanzierung öffentlicher Unternehmen im Einklang mit den beihilfenrechtlichen Vorgaben steht (vgl. nachfolgend unter lit. **d**)).
- Spiegelbildlich werden auf kommunaler Seite in jüngerer Zeit immer häufiger die **Rechnungsprüfungsämter und Rechnungshöfe** auf das Beihilfenrecht aufmerksam. Die Sorge vor negativen Öffentlichkeitswirkungen durch eine Erwähnung rechtswidriger Beihilfen in deren Jahresberichten bildet häufig einen Anreiz für Kommunen, die Beihilfenrechtskonformität bestimmter Maßnahmen vorab sicherzustellen und zu dokumentieren.

Im Einzelnen:

1. Europäische Kommission

Die Europäische Kommission hat das *Entscheidungsmonopol* für die Frage, ob eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist oder nicht. Auf offiziellem Weg erhält die Europäische Kommission von geplanten Beihilfen durch deren **Notifizierung** Kenntnis. Bei nicht angemeldeten Beihilfen kann die Europäische Kommission von Amts wegen (infolge von Berichterstattungen in der Presse oder im Internet) oder aufgrund von Beschwerden Dritter hin tätig werden. Solche **Beschwerden** können Mitgliedstaaten, natürliche Personen, Unternehmen oder Unternehmensverbände, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, ohne größeren Aufwand über das unter https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/complaints_de abrufbare Beschwerdeformular zur Europäischen Kommission einreichen.

Die Europäische Kommission ist allerdings nicht befugt, die Rückforderung einer vermeintlichen Beihilfe bereits wegen eines bloßen formalen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV anzuordnen. Sie muss vielmehr in der Sache selbst zunächst über die materiell-rechtliche Zulässigkeit der Beihilfengewährung entscheiden. Selbst wenn die Europäische Kommission eine Beihilfe letztlich genehmigt, kann sie jedoch den **Zinsvorteil** für denjenigen Zeitraum, in dem die Beihilfe ohne vorherige Notifizierung gewährt worden war, zurückfordern (sog. „*Rechtswidrigkeits-Zinsen*“).

Sofern die Europäische Kommission eine Beihilfe als nicht genehmigungsfähig ansieht, kann sie von dem Mitgliedstaat zugleich die **Rückforderung der Beihilfen** von dem begünstigten Unternehmen verlangen. Diese ist dann entsprechend der innerstaatlichen Kompetenzordnung durchzusetzen. Wenn Landkreise oder Gemeinden eine Beihilfe gewährt haben, obliegt es ihnen dementsprechend auch, diese unter Inanspruchnahme aller zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten zurückzufordern.

Darüber hinaus konkretisiert die Europäische Kommission durch verschiedene **Mitteilungen und Leitfäden** (Verwaltungsrichtlinien mit Selbstbindung der Europäischen Kommission) laufend die Anwendung des Beihilfenrechts, indem sie darlegt, wie sie den Tatbestand des Beihilfenverbots sowie bestimmte Freistellungsregelungen in ständiger Verwaltungspraxis auslegt. Von zentraler Bedeutung für die Praxis ist insoweit die sog. **Beihilfenmitteilung** („Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“, ABI. 2016/C 262/01), weil sie wichtige Anhaltspunkte liefert, unter welchen Voraussetzungen die Kommission vom Vorliegen einer Beihilfe ausgeht und wie Maßnahmen ausgestaltet werden können, um dies zu vermeiden.

2. Rolle der nationalen Gerichte

Unabhängig von der Möglichkeit einer Beschwerde zur Europäischen Kommission können im Wettbewerb beeinträchtigte Unternehmen das Beihilfenverbot auch auf nationaler Ebene gerichtlich durchsetzen. Verträge, die gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig.¹ Dies kann ggf. Gegenstand einer **Feststellungsklage** sein. Darüber hinaus können Wettbewerber von durch verbotene Beihilfen begünstigten Unternehmen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV oder nach § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vor den nationalen Gerichten auf **Unterlassung und Schadensersatz** klagen. Rechtliche Auseinandersetzungen mit beihilfenrechtlichen Bezügen sind durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs² und des Bundesverwaltungsgerichts³ erheblich erleichtert worden und sind in der Praxis keine Seltenheit mehr.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Gerichte von den europäischen Stellen immer stärker „in die Pflicht genommen“ werden, zur Durchsetzung des Beihilfenrechts in der Praxis beizutragen. So sind nationale Gerichte nicht befugt, einen Rechtsstreit bis zu einer bestandskräftigen Entscheidung der Europäischen Kommission bzw. des EuGH auszusetzen, wenn dieser auch die Rückforderung einer unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gewährten Beihilfe zum Gegenstand hat.⁴ Hat die Europäische Kommission ein förmliches Beihilfen-Prüfverfahren eingeleitet, sind die mit einem Antrag auf Unterlassung oder auf Rückforderung von Beihilfen befassten nationalen Gerichte vielmehr verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen.

Im Hinblick auf die Frage, ob die in Rede stehende Maßnahme eine Beihilfe darstellt, sind die nationalen Gerichte an die Auffassung der Europäischen Kommission in deren Entscheidung zur Eröffnung des Beihilfenverfahrens gebunden.⁵ Bei Zweifeln des nationalen Gerichts hinsichtlich des Beihilfencharakters der fraglichen Maßnahme oder der Gültigkeit oder der Auslegung der Eröffnungsentscheidung der Europäischen Kommission darf das nationale Gericht die Europäische Kommission um Erläuterung bitten und

¹ BGH, Urt. v. 11.04.2003, Az. V ZR 314/02; zuletzt BGH, Urt. v. 05.12.2012, Az. I ZR 92/11.

² Vgl. etwa BGH, Urt. v. 11.02.2011, Az. I 123/08 – *Flughafen Lübeck-Blankensee*; Urt. v. 11.02.2011, Az. 136/09 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.

³ Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 16.12.2010, Az. 3 C 44.09 – *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*.

⁴ BGH, Beschl. v. 13.09.2012, Az. III ZB 3/12.

⁵ EuGH, Urt. v. 21.11.2013, Rs. C-284/12 – *Flughafen Frankfurt Hahn/Ryanair*.

muss die Frage bei fortbestehenden Zweifeln dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen.

3. Finanzierung durch Banken

Mittlerweile ist es bei Finanzierungsmaßnahmen kommunaler Unternehmen, die durch Bürgschaften oder andere Sicherungsmittel von öffentlichen Körperschaften abgesichert werden sollen, üblich, dass die finanzierenden Banken eine **Zusicherung von Kommunen über die Beihilfenrechtskonformität** der Bürgschaftsübernahme oder der Gewährung anderer Sicherheiten durch Kommunen verlangen. Auf diese Weise beabsichtigen Banken, sich so weit wie möglich vor der Nichtigkeit kommunaler Bürgschaften abzusichern. Typischerweise verlangen die Banken zu diesem Zweck von den Kommunen oder kommunalen Unternehmen jedenfalls bei höheren Darlehenssummen ein **Gutachten eines im Beihilfenrecht spezialisierten externen Rechtsberaters**. Üblicherweise nehmen die Banken dann durch ihre Rechtsabteilungen eine Gegenprüfung dieses Gutachtens vor.

4. Prüfung im Rahmen der Jahresabschlussprüfung

Ein weiterer wesentlicher Impuls geht von dem **Prüfungsstandard IDW PS 700** „Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen“ aus. Dieser Prüfungsstandard verpflichtet den Wirtschaftsprüfer, sich im Rahmen der **Jahresabschlussprüfung öffentlicher Unternehmen** mit der Frage zu befassen, ob die Finanzierung des geprüften Unternehmens beihilfenrechtlich zulässig ist. Aus diesem Grund sind es vielfach die Wirtschaftsprüfer, die im Rahmen der Jahresabschlussprüfung Bedenken an der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit bestimmter Finanzierungsmaßnahmen der Öffentlichen Hand vorbringen und damit „den Stein ins Rollen bringen“.

5. Rolle der Rechnungsprüfungsämter und Rechnungshöfe

Immer wieder finden sich Hinweise auf Verstöße gegen das Beihilfenrecht auch in **Jahresberichten** der Rechnungsprüfungsämter⁶ und Rechnungshöfe⁷. Diese Jahresberichte haben zwar keine rechtliche Sanktionswirkung, führen jedoch oftmals zu negativer Presse und können aufgrund ihrer **Kenntnisnahme in der Öffentlichkeit** sogar den

⁶ Vgl. Rechnungsprüfungsamt der Landeshauptstadt Stuttgart, Schlussbericht 2016, S. 60 f. (abrufbar unter <https://www.stuttgart.de/medien/ibs/Schlussbericht-2016.pdf>).

⁷ Vgl. Rechnungshof Thüringen, Jahresbericht 2021, S. 58 ff (abrufbar unter <https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/1771F989BCB/Jahresbericht%20Kommunalpr%C3%BCfung%202021%20-%20Endfassung.pdf>).

Anlass für ein Beihilfenverfahren der Europäischen Kommission bilden. Die Überprüfung von städtischen Finanzierungsmaßnahmen obliegt nach §§ 110-113 der Gemeindeordnung Baden-Württemberg der örtlichen Rechnungsprüfung. Dem Landesrechnungshof Baden-Württemberg obliegt nach §§ 88 Landeshaushaltsordnung (LHO) die entsprechende Aufgabe auf Ebene der Landesverwaltung, wobei sich dessen Prüfungsbefugnis unter bestimmten Voraussetzungen gem. § 91 LHO auch auf kommunale Finanzierungsmaßnahmen erstrecken kann. Die Prüfung hat festzustellen, ob die Verwaltung **rechtmäßig, sachgerecht und wirtschaftlich** geführt wird. Typischerweise bilden die Rechnungsprüfungsämter und der Landesrechnungshof im Rahmen ihres Prüfungsermessens jährliche Prüfungsschwerpunkte. Erstreckt sich ein solcher Schwerpunkt in einem Jahr etwa auf Bürgschaften zu Gunsten kommunaler Unternehmen, werden diese nicht üblicherweise nur unter haushaltsrechtlichen, sondern auch unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten geprüft.⁸

III. Wesentliche Verständnisquellen zum Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis

1. Rechtliche Grundlagen

Ausgangspunkt des Verständnisses jeder beihilfenrechtlichen Prüfung in einer Kommune sind die beiden maßgeblichen Regelungen im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Art. 107 Abs. 1 AEUV besagt Folgendes:

„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.“

Art. 108 AEUV bildet die verfahrensrechtliche Grundlage des Beihilfenrechts:

„(1) Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegulungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen

⁸ Zum Prüfungskatalog der Rechnungsprüfungsämter exemplarisch der Leitfaden „Prüfung der Beachtung des EU-Beihilfenrechts“ (Stand: 21.01.2019) des Rechnungsprüfungsamts des Landschaftsverband Westfalen-Lippe, S. I-II, Gliederung abrufbar unter https://rpa-publikationen.lwl.org/media/pdf/7d/e4/3f/Leseprobe_EU-BeihilferechthwRA6bKgGRwYx.pdf.

Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Binnenmarkts erfordern.

(2) Stellt die Kommission fest, nachdem sie den Beteiligten eine Frist zur Äußerung gesetzt hat, dass eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe mit dem Binnenmarkt nach Artikel 107 unvereinbar ist oder dass sie missbräuchlich angewandt wird, so beschließt sie, dass der betreffende Staat sie binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat. [...]

(3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 107 mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

(4) Die Kommission kann Verordnungen zu den Arten von staatlichen Beihilfen erlassen, für die der Rat nach Artikel 109 festgelegt hat, dass sie von dem Verfahren nach Absatz 3 ausgenommen werden können.“

Die Frage, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt, lässt sich – jenseits dieses Leitfadens – am einfachsten anhand der detaillierten **Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der Beihilfe** vom 19.07.2016 beantworten.⁹

Einen hilfreichen Einstieg für die weitere Prüfung bietet eine **Zusammenfassung des Bundeswirtschaftsministeriums** unter dem Titel „Keine Angst vor Brüssel! Neun praktische Lösungshinweise zum EU-Beihilferecht für Kommunen“ (Stand: Mai 2017).¹⁰

Einen (sehr vereinfachten) Überblick gibt zudem die **Dokumentation N° 151 des Deutschen Städte- und Gemeindebunds** zum „EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis“ (Stand: 14. August 2019).¹¹

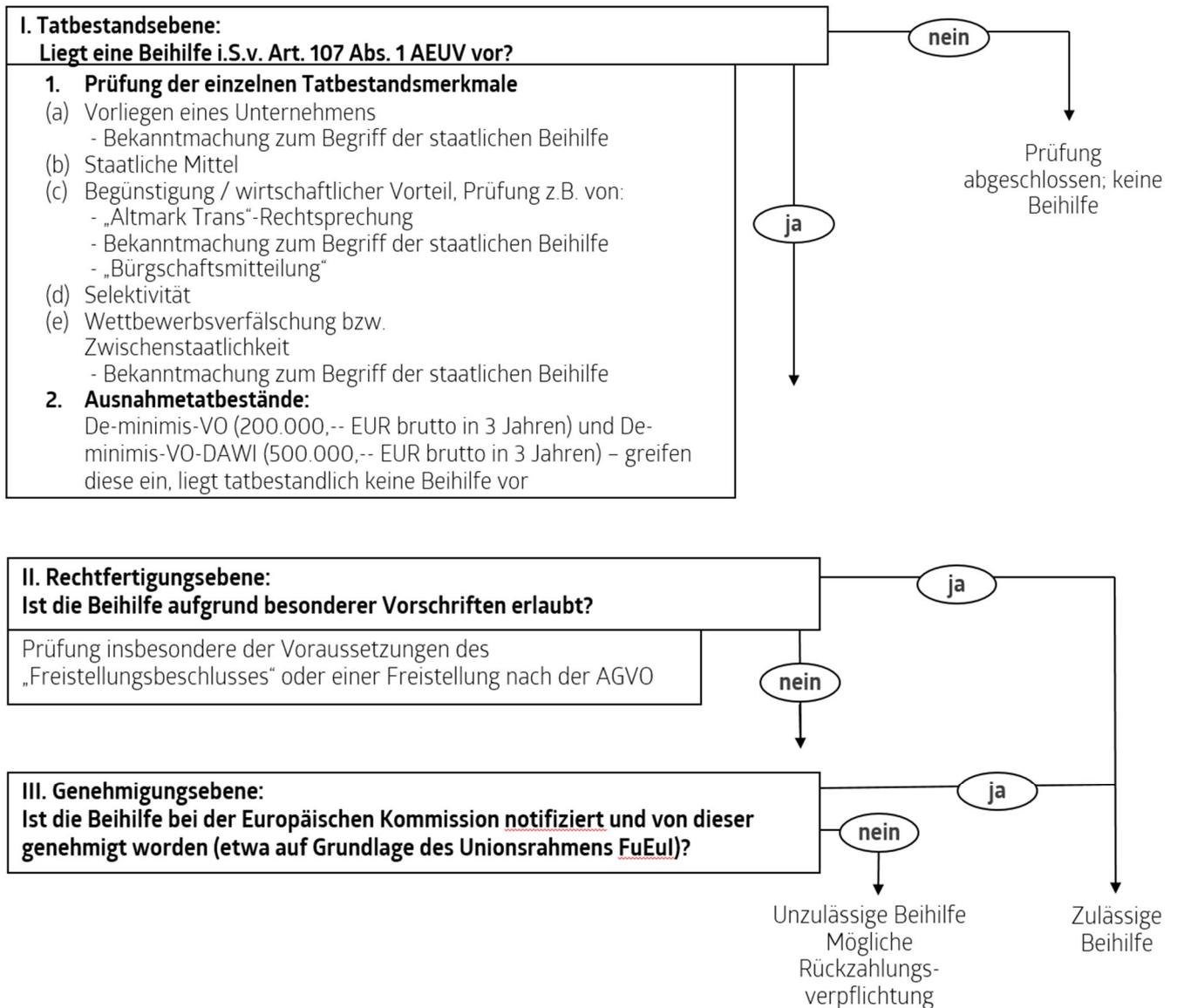
⁹ Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29>.

¹⁰ Abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/l/infopaket-kleine-kommunen-ppp-keine-angst-vor-bruessel.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹¹ Abrufbar unter <https://www.dstgb.de/publikationen/dokumentationen/nr-151-eu-beihilferecht-in-der-kommunalen-praxis/doku-151.pdf?cid=6ek>.

2. Prüfungsschema

Bei jeder künftigen Prüfung beihilfenrechtlicher Sachverhalte sollten Sie sich an diesem Prüfungsschema orientieren. Die einzelnen Schritte werden in den nachfolgenden Kapiteln dieses Leitfadens erläutert.



B. Die Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots

I. Der beihilfenrechtliche „Unternehmens“-Begriff

1. Allgemeines

Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst nur Beihilfen, die zugunsten von **Unternehmen** gewährt werden. Als Unternehmen gilt nach der ständigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und des EuGH „jede eine *wirtschaftliche Tätigkeit* ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.

Der beihilfenrechtliche Unternehmensbegriff ist rein **funktional**. Entscheidend ist allein das Vorliegen einer **wirtschaftlichen Tätigkeit**, die durch ihren Marktbezug gekennzeichnet ist. Es kommt weder auf die Rechts-, Organisations- oder Finanzierungsform noch auf die mitgliedstaatliche Einordnung des Handelns als privat- oder öffentlich-rechtlich oder die Zielsetzung der Tätigkeit (insb. Gewinnerzielungsabsicht) an.

Welche Tätigkeiten wirtschaftlichen Charakter haben, ist in vielen Fällen nicht eindeutig. Unternehmerisch ist im beihilfenrechtlichen Sinne jede Tätigkeit, die darin besteht, „**Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten**“. Ob die Einheit hierbei einen Erwerbszweck verfolgt, ist grundsätzlich unerheblich. Auch wenn Waren oder Dienstleistungen unentgeltlich auf einem Markt angeboten werden, können daher wirtschaftliche Tätigkeiten vorliegen.

Praxis-Tipp: Ein stichhaltiges Indiz für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist, wenn auch Unternehmen aus der Privatwirtschaft diese Tätigkeit als Wettbewerber erbringen.

Beispiele für **wirtschaftliche** Tätigkeiten aus der kommunalen Praxis:

- Betrieb eines Freizeit- und Erlebnisbades;
- Vermietung von Wohnraum und/oder Gewerbeflächen;
- Beratungsdienstleistungen;
- Betrieb eines Krankenhauses.

Dagegen gelten folgende Kategorien von Tätigkeiten grundsätzlich als **nicht-wirtschaftlich** und sind somit nicht vom Beihilfenrecht umfasst:

- § Tätigkeiten, die mit der *Ausübung hoheitlicher Befugnisse* durch den Staat selbst oder durch öffentliche Stellen in „ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt“ verbunden sind, stellen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar. Das ist grundsätzlich dann der Fall, wenn die betreffende Tätigkeit Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates ist, oder sie ihrem Wesen, ihrem Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden ist. Beispiele für solche Tätigkeiten sind: Tätigkeiten der Polizei oder des Gemeindevollzugsdienst; Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung; Erschließung und Revitalisierung öffentlichen Geländes durch öffentliche Stellen¹²

- § Der Betrieb *solidaritätsbasierter Systeme der sozialen Sicherheit*, wenn die Mitgliedschaft im System verpflichtend ist, das System rein soziale Zwecke verfolgt, es keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, die Versicherungsleistungen unabhängig von der Beitragshöhe und dem Einkommen der versicherten Person gewährt werden und das System vom Staat beaufsichtigt wird¹³

- § Die innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte *öffentliche Bildung*, die vom Staat finanziert und beaufsichtigt wird, wird typischerweise im Rahmen der Erstausbildung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen. Wird das Bildungssystem aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert, ist die Nichtwirtschaftlichkeit der hiermit verbundenen Tätigkeiten indiziert.

- § Tätigkeiten im Bereich der *Kultur, der Erhaltung des kulturellen Erbes und des Naturschutzes* können auf nichtkommerzielle Art und Weise durchgeführt werden und sind dann üblicherweise nichtwirtschaftlich. Das ist insbesondere der Fall, wenn kulturelle Aktivitäten der Öffentlichkeit kostenlos zur Verfügung gestellt werden oder wenn das von Besuchern einer kulturellen Einrichtung erhobene Entgelt nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten deckt.

- § Ebenfalls nichtwirtschaftlich sind *primäre Tätigkeiten von Forschungseinrichtungen* wie die Ausbildung qualifizierten Personals, unabhängige Forschung und Entwicklung zur Erweiterung des Wissens und die weite Verbreitung der Forschungsergebnisse auf nichtausschließlicher und nichtdiskriminierender

¹² S. hierzu auch die Ausführungen unter **A.III.4.**

¹³ Europ. Komm., Beihilfenmitteilung Rn. 20

Basis, zum Beispiel im Rahmen der Lehre, durch frei zugängliche Datenbanken oder allgemein zugängliche Veröffentlichungen.

§ **Praxis-Tipp:** Denken Sie immer daran, dass die beihilfenrechtlichen Vorschriften als Teil des Europarechts **autonom vom nationalen Recht auszulegen** sind. Eine Anknüpfung an Begriffen aus anderen Gebieten des deutschen Rechts ist daher nicht hilfreich. Die „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Beihilfenrecht ist nicht deckungsgleich mit der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ im Sinne von § 102 GemO BW. Auch eine nicht-wirtschaftliche Betätigung nach § 102 Abs. 4 GemO BW kann daher als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Beihilfenrechts eingeordnet werden.

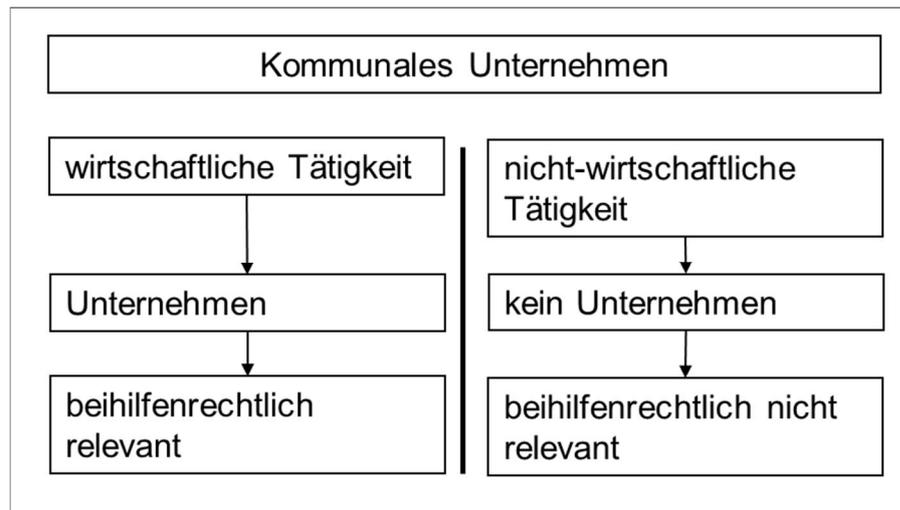
Dabei ist zu beachten, dass die Einordnung als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinn **für jede Tätigkeit eines Unternehmens getrennt** erfolgen muss. So können bestimmte Tätigkeiten als nicht-wirtschaftlich im beihilfenrechtlichen Sinne eingestuft werden, während andere, damit zusammenhängende Aktivitäten als wirtschaftliche Tätigkeiten zu qualifizieren sind.

Beispiel: *Die Verwaltung eines lokalen Freilichtmuseums, dessen Tätigkeit im Wesentlichen aus der Erhaltung der Museumsgebäude, wissenschaftlichen Arbeiten und reinen Museums-Aktivitäten besteht, ist als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert worden.*¹⁴

Gibt es in dem Freilichtmuseum aber zusätzlich einen Museums-Shop oder eine Museums-Gastronomie nebst entsprechenden Räumlichkeiten, die auch für Firmenveranstaltungen, Familienfeiern und Geburtstage gemietet werden können, handelt es sich insoweit um wirtschaftliche Tätigkeiten.

¹⁴ Europ. Komm, Entsch. v. 18.02.2004, N 630/2003 – *Musei di interesse locale, Sardegna*.

Übt eine Einheit **sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten** aus, ist sie nur im Hinblick auf erstere als **Unternehmen** (und somit als Adressatin des Beihilfenrechts) anzusehen. Das Beihilfenverbot findet in diesem Fall nur auf Finanzierungsmaßnahmen zugunsten dieser wirtschaftlichen Tätigkeiten Anwendung. Das verdeutlicht die nachfolgende Grafik:



2. Erfassung kommunaler Unternehmen

Für kommunale Unternehmen ergibt sich aus der Beteiligung der öffentlichen Hand als Gesellschafter im Hinblick auf das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV eine Sondersituation:

Die Unterstützung eines öffentlichen Unternehmens durch die öffentliche Hand als Gesellschafterin mittels Zuführung von Kapital etc. ist **nicht verboten**. Staatliches Eigentum an Unternehmen bzw. staatliche Unternehmensbeteiligungen sind europarechtlich nämlich ohne weiteres zulässig, da das Europäische Unionsrecht gegenüber den verschiedenen Eigentumsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten neutral ist (vgl. Art. 345 AEUV). **Verboten** ist allerdings nach Art. 106 Abs. 1 AEUV, dass die Mitgliedstaaten ihre Verfügungsmacht über Haushaltsmittel etc. dazu nutzen, öffentliche Unternehmen durch Zuwendungen staatlicher Mittel **gegenüber anderen Unternehmen zu begünstigen**. Aus Art. 106 Abs. 1 AEUV ergibt sich deshalb ein Gebot der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen.

Der Umstand, dass eine Stelle **Teil der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung** ist, schließt ihre **Unternehmenseigenschaft** nicht aus, da nicht der rechtliche Status einer

Einheit im nationalen Recht, sondern die jeweilige **Funktion** als Erbringer einer wirtschaftlichen Tätigkeit über die Einordnung als Unternehmen entscheidet (s.o.). Dementsprechend kann auch eine rechtlich unselbstständige Stelle der staatlichen Verwaltung ein Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne sein.

Somit sind verschiedene kommunale Unternehmensformen wie folgt als Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen:

- § **Kommunale Unternehmen in Privatrechtsform** sind ohne weiteres als Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen. Hierfür ist unerheblich, ob es sich um kommunale Eigengesellschaften (deren Anteile vollständig von der Trägerkommune gehalten werden) oder um Mehrheits- bzw. sogar lediglich um Minderheitsbeteiligungen mit Kontrollmöglichkeit der Kommune handelt. Dasselbe gilt für **Zweckverbände**.
- § Auch **kommunale Eigenbetriebe** können Unternehmen sein. Diese weisen eine organisatorische Eigenständigkeit gegenüber der Kommune auf, da sie durch die Betriebsleitung selbstständig wirtschaftlich geführt werden (§§ 1, 4 EigBG BW) und sie ein Sondervermögen der Gemeinde (§ 12 EigBG BW) darstellen.
- § Da es nicht auf eine rechtliche Selbstständigkeit bzw. das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit ankommt, können auch **Regiebetriebe** Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne sein. Ob dies bei typischen Regiebetrieben wie beispielsweise einem kommunalen Bauhof, der (nahezu) ausschließlich für die Gemeinde tätig ist, tatsächlich zu bejahen ist, muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden.
- § Im Hinblick auf **kommunale Konzerne** ist zu beachten, dass auch mehrere getrennte rechtliche Einheiten als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden können, sodass ein kommunaler „Konzern“ als Ganzes als ein (einheitliches) Unternehmen gelten kann. Voraussetzung hierfür ist, dass anhand von Kriterien wie z.B. dem Bestehen von Kontrollbeteiligungen, der Besetzung von Führungspersonen und der Einflussnahme des öffentlichen Gesellschafters festgestellt werden kann, dass sämtliche Gesellschaften einer einheitlichen Leitung und Steuerung unterliegen. Adressat des Beihilfenverbots ist in diesem Fall die gesamte Unternehmensgruppe.

Praxis-Tipp: Seien Sie sich zwar bewusst, dass kommunale Einheiten unabhängig von ihrer Rechtsform beihilfenrechtlich als Unternehmen eingeordnet werden können, wenn sie wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben. Dies hat jedoch nicht zwangsläufig zur Folge,

dass jede finanzielle Maßnahme der Trägerkommune zugunsten ihres kommunalen Unternehmens automatisch eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist. Hierfür müssen zusätzlich auch die weiteren, nachfolgend genannten Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots erfüllt sein.

II. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln

Beihilfenrechtlich relevant sind nur solche wirtschaftlichen Vorteile, die einem Unternehmen **unmittelbar oder mittelbar** aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Das ist immer dann der Fall, wenn Mittel aus den **Haushalten von Bund und Ländern** oder aus den **Haushalten von Gemeinden und Landkreisen** gewährt werden.

Die Übertragung staatlicher Mittel kann u.a. in Form von direkten Zuschüssen, Darlehen, Bürgschaften, Beteiligung am Kapital von Unternehmen sowie durch Sachleistungen erfolgen. Es ist auch keine positive Mittelübertragung erforderlich. Der Verzicht auf Mittel, die der Staat andernfalls eingenommen hätte, stellt ebenfalls eine Übertragung staatlicher Mittel dar. Das ist etwa dann der Fall, wenn die öffentliche Hand Waren oder Dienstleistungen zu einem Preis anbietet, der unter dem Marktpreis liegt. Eine Mittelübertragung kann auch bereits dann angenommen werden, wenn lediglich das konkrete **Risiko einer künftigen Belastung für den Staat** geschaffen wird, etwa durch die Übernahme einer Garantie.

Besonders bedeutend für die kommunale Praxis ist, dass grundsätzlich auch Handlungen **öffentlicher Unternehmen** als Gewährung staatlicher Mittel im Sinne des Beihilfenrechts anzusehen sind. Angesichts der engen Beziehungen zwischen dem Staat und seinen öffentlichen Unternehmen würde anderenfalls eine **Umgehung des Beihilfenverbots** drohen, wenn der Staat dessen Anwendung dadurch ausschließen könnte, dass er bei der Gewährung von Beihilfen schlicht eine andere Einheit „zischenschaltet“¹⁵. Eine beihilfenrechtlich relevante Mittelgewährung liegt in diesen Fällen daher dann vor, wenn die Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens **dem Staat zugerechnet** werden kann.

In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Gerichte hat sich der folgende, nicht abschließende Katalog an Indikatoren entwickelt, anhand derer die Zurechenbarkeit einer von einem öffentlichen Unternehmen ergriffenen Maßnahme an den Staat abgeleitet werden kann:

¹⁵ vgl. Europ. Komm., Beihilfenmitteilung, Rn. 41; EuGH, Urt. v. 16.05.2002, Rs. C-482/99 – *Stardust Marine*.

- Das öffentliche Unternehmen kann die Entscheidung über die Mittelgewährung nicht treffen, ohne den Anforderungen der öffentlichen Stellen, d.h. insbesondere der kontrollierenden Kommune, Rechnung zu tragen.
- Es liegen Faktoren organisationsrechtlicher Art vor, die das öffentliche Unternehmen mit dem Staat verbinden.
- Das öffentliche Unternehmen hat Richtlinien staatlicher Stellen zu beachten.
- Das öffentliche Unternehmen ist in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung eingegliedert.
- Die Art der Tätigkeit des öffentlichen Unternehmens und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen im Wettbewerb mit privaten Wirtschaftsteilnehmern.

Die Zurechenbarkeit der Mittelgewährung zu einer staatlichen Stelle ist dann anhand einer Gesamtabwägung dieser Kriterien unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

Praxis-Tipp: Die Anforderungen für die Zurechnung einer Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat sind gering. Regelmäßig genügt hierfür bereits, wenn beschließende Organe wie Gesellschafterversammlung oder Aufsichtsrat des Unternehmens mit Vertretern der öffentlichen Hand besetzt sind. Es ist insbesondere auch kein Nachweis erforderlich, dass die Behörden das öffentliche Unternehmen im Einzelfall konkret veranlasst haben, die fragliche Maßnahme zu ergreifen. Gehen Sie daher davon aus, dass es sich bei Mitteln öffentlicher Unternehmen in aller Regel um staatliche Mittel i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.

Auch **Mittelübertragungen innerhalb eines kommunalen Konzerns** – z.B. von der Muttergesellschaft auf eine Tochtergesellschaft – können beihilfenrechtlich relevant sein, selbst wenn die beteiligten Einheiten nach dem beihilfenrechtlichen Unternehmensbegriff als ein einziges Unternehmen anzusehen sind. Von Bedeutung für die kommunale Praxis ist dies vor allem dann, wenn innerhalb eines kommunalen Unternehmensverbundes verlustträchtige Sparten durch Gewinne aus anderen Bereichen querfinanziert werden.

Beispiel: *Verwendet eine von einer Stadt kontrollierte Stadtwerke GmbH ihre Einnahmen aus dem Betrieb des örtlichen Fernwärmenetzes zum Ausgleich der Verluste der städtischen Schwimmbäder, sind diese Zahlungen als staatliche Mittel anzusehen.*

III. Vorliegen einer „Begünstigung“

1. Allgemeines

Das Beihilfenrecht umfasst jede Begünstigung eines Unternehmens, d.h. die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, den das Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.

Für das Vorliegen einer Begünstigung kommt es weder auf den Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens an. Entscheidend ist allein die **Wirkung der Maßnahme bei ihrem Empfänger**. Eine Begünstigung liegt immer dann vor, wenn sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift. Um zu ermitteln, ob eine Begünstigung vorliegt, ist die finanzielle Lage des Unternehmens unter Einbeziehung der Maßnahme mit der finanziellen Lage, in der sich das Unternehmen ohne die jeweilige Maßnahme befände, zu vergleichen.

Auch die genaue Art der Maßnahme ist für die Feststellung, ob dem Unternehmen durch die Maßnahme ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft wird, irrelevant. Eine Begünstigung liegt nicht nur bei positiven wirtschaftlichen Leistungen, d.h. beispielsweise verlorenen Zuschüssen, vor, sondern **auch bei der Befreiung bzw. Verringerung von wirtschaftlichen Lasten**, die ein Unternehmen normalerweise selbst zu tragen hat. Der beihilfenrechtliche Begriff der „Begünstigung“ ist damit deutlich weiter als der im deutschen Zuwendungsrecht bekannte Begriff der „Subvention“.

Eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung liegt beispielsweise bei folgenden Maßnahmen vor:

- § Gewährung von zinslosen oder verbilligten Darlehen
- § Grundstücksverkäufe sowie der Abschluss von Miet- und Pachtverträgen unterhalb der marktüblichen Konditionen,
- § Befreiung/Reduzierung von Gebühren, Abgaben und anderen Kosten, die üblicherweise erhoben werden,
- § Übernahme (eines Teils) der Personalkosten eines Unternehmens,
- § Kapitaleinlagen einer Kommune in unrentable Unternehmen oder Verlustübernahmen ohne Aussicht, zumindest langfristig eine angemessene Rendite zu erzielen.

Demgegenüber liegt **keine** Begünstigung vor, wenn die öffentliche Hand wirtschaftliche Transaktionen zu **marktüblichen Bedingungen** vornimmt, d.h. insbesondere dann, wenn ihrer Leistung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. In diesem Fall wäre das Beihilfenrecht nicht anwendbar.

2. Marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter / Private Investor Test

Für die Beantwortung der Frage, ob ein angemessenes Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis und damit eine Transaktion zu marktüblichen Bedingungen vorliegt, wird in der Praxis der sog. „*Market Economy Operator Test*“ bzw. synonym „*Private-Investor-Test*“ (Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten bzw. Kapitalgebers) angewendet. **Hat eine Kommune lediglich gehandelt wie ein marktwirtschaftlich rational agierender Investor aus der Privatwirtschaft, so hat sie dem Unternehmen schon keine Begünstigung gewährt und fällt auch nicht unter das Beihilfenverbot.**

Im Rahmen dieser oftmals komplexen Prüfung wird hinterfragt, ob ein Investor aus der Privatwirtschaft (bspw. ein Investmentfonds) in einer vergleichbaren Situation wie die jeweilige Kommune oder staatliche Stelle die fragliche Leistung in demselben Umfang und zu denselben Konditionen erbracht hätte oder nicht. Ergibt dieser Test, dass sich ein solcher wirtschaftlich rational handelnder Investor genau so verhalten hätte wie die öffentliche Hand, liegt grundsätzlich keine Begünstigung vor. Soweit ein Privatunternehmen in der Position des Staates hingegen die betreffende Leistung nicht in dem Umfang oder zu denselben Konditionen erbracht hätte, wird das Vorliegen einer Begünstigung grundsätzlich vermutet.

Demnach liegt beispielsweise in den folgenden Fällen keine Begünstigung und damit auch keine Beihilfe vor:

- § Gewährung eines kommunalen Darlehens zu Zinsen, die z.B. auch eine Bank verlangen würde;
- § Verkauf eines kommunalen Grundstücks oder einer kommunalen Beteiligung zum Marktpreis;
- § Vermietung und Verpachtung von Flächen und Räumlichkeiten zum Marktpreis;
- § Kapitaleinlagen in (kommunale) Unternehmen mit angemessener Renditeaussicht;

- § Dienstleistungsverträge, für die die Kommune eine marktübliche Vergütung bezahlt.

Ob eine staatliche Maßnahme den Marktbedingungen entspricht, muss *ex ante* auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme verfügbaren Informationen geprüft werden. Nachträglich vorgenommene wirtschaftliche Bewertungen und Rechtfertigungen erkennt die Kommission regelmäßig nicht an, weil sie davon ausgeht, dass ein privater, marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter seine Investitionsentscheidung nur aufgrund einer solchen *ex ante*-Bewertung treffen würde. Die Beweislast dafür, dass die Transaktion auf der Grundlage wirtschaftlicher Erwägungen getroffen wurde, die mit denen eines Privatunternehmens vergleichbar sind, trägt die öffentliche Hand.

Praxis-Tipp: Dokumentieren Sie vor der Durchführung einer finanziellen Transaktion sorgfältig die wirtschaftlich rational nachvollziehbaren Erwägungen, die zu der Entscheidung für eine finanzielle Maßnahme geführt haben, wenn Sie sich für die Begründung der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit der Maßnahme auf die Marktüblichkeit der Transaktion stützen wollen. Nur so lässt sich nachweisen, dass die Marktüblichkeit im Vorfeld geprüft wurde. Fehlt es an einer entsprechenden Dokumentation, kann schon dies dafür sprechen, dass die Maßnahme eine Beihilfe darstellt.

3. Methoden zur Feststellung der Marktkonformität einer Transaktion

Die Marktkonformität einer Transaktion gilt als nachgewiesen, wenn sie von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten zu gleichen Bedingungen, d.h. auch mit den gleich hohen Risiken und Erträgen, durchgeführt wird (sog. „*pari passu*“-Transaktion). Dieser Nachweis lässt sich typischerweise „mit Bordmitteln“ der Kommune führen, wenn an einer Transaktion sowohl die Kommune als auch private Dritte beteiligt sind.

Beispiel: *Sind an einer Gesellschaft ein öffentlicher und ein privater Gesellschafter mit jeweils 50 % der Geschäftsanteile beteiligt und beschließen die Gesellschafter, eine Kapitalerhöhung der Gesellschaft zu jeweils denselben Bedingungen vorzunehmen, so kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diese Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Der Gesellschaft wird dann keine Begünstigung verschafft und die Maßnahme stellt keine Beihilfe dar.*

Beim Verkauf oder Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder ähnlichen Transaktionen) gilt der Nachweis für die Marktüblichkeit als erbracht, wenn hierfür ein wettbewerbliches, transparentes, diskriminierungsfreies und bedingungsfreies **Ausschreibungsverfahren** durchgeführt wurde und der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erhielt (s. hierzu auch unten **G.II.**). Das ist regelmäßig dann der

Fall, wenn das Ausschreibungsverfahren mit den Vorschriften des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen in Einklang steht (und zwar auch dann, wenn keine formale Ausschreibungspflicht besteht).

Hinweis: Folgende Anforderungen muss eine solche Ausschreibung erfüllen:

- Wettbewerbliches Verfahren: Alle interessierten und qualifizierten Bieter müssen teilnehmen können.
- Transparenz: Alle interessierten Bieter müssen in jeder Phase des Ausschreibungsverfahrens in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert sein.
- Diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter in allen Phasen des Verfahrens sowie objektive, im Vorfeld mitgeteilte Auswahl- und Zuschlagskriterien.

Wenn eine Transaktion nicht im Wege einer Ausschreibung zustande gekommen ist oder es sich nicht um eine Pari-passu-Transaktion handelt, bedeutet das **nicht** automatisch, dass die Transaktion nicht den Marktbedingungen entspricht. In diesen Fällen kann die Marktüblichkeit insbesondere anhand von **Benchmarking** oder anhand von anderen **anerkannten Bewertungsmethoden** ermittelt werden. Allerdings ist die Ermittlung der Marktüblichkeit in diesen Fällen oft nicht rechtssicher zu führen und erfordert erheblichen Zeit- und Kostenaufwand für die Einschaltung eines Wettbewerbsökonomen als externen Gutachter.

Praxis-Tipp: Überlegen Sie sich gut, ob sich der Private-Investor-Test im konkreten Fall überhaupt mit Aussicht auf eine gewisse Rechtssicherheit führen lässt oder ob nicht stichhaltigere und einfachere Argumente (so etwa fehlende zwischenstaatliche Auswirkungen einer Maßnahme) bestehen, um die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts zu verneinen. Üblicherweise lohnt es sich angesichts der zu erwartenden Kosten nur im Falle konfrontativer Auseinandersetzungen oder hoher Summen, ein ökonomisches Gutachten zum Private Investor Test in Auftrag zu geben. Ob die Europäische Kommission oder ein mit der Sache befasstes Gericht dessen Ergebnis jedoch anerkennen wird, ist häufig ungewiss.

Beim Benchmarking ist zu prüfen, ob in der Praxis vergleichbare Transaktionen von vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten in einer vergleichbaren Lage vorgenommen wurden.

Beispiel: *Will eine Stadt Gewerbeflächen an Unternehmen vermieten, kann die Marktüblichkeit der von der Stadt geforderten Miete durch einen Vergleich mit den Preisen*

geprüft werden, die private Vermieter für vergleichbare Flächen in der näheren Umgebung verlangen.

Beim Verkauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand reicht grundsätzlich ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen aus, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln.

Darüber hinaus können auch andere allgemein anerkannte Standard-Bewertungsmethoden angewendet werden. Als Beispiele für anerkannte Standard-Bewertungsmethoden nennt die Kommission die „Internal Rate of Return“-Methode und die „Net Present Value“-Methode. Die Europäische Kommission erkennt diese jedoch grundsätzlich nur an, wenn sie auf den verfügbaren objektiven, überprüfbaren und zuverlässigen Daten beruhen, die hinreichend detailliert sein müssen und unter Berücksichtigung der Höhe des Risikos und der Erwartungen für die Zukunft die wirtschaftliche Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Transaktion widerspiegeln sollten. Schon diese Daten können häufig nicht ohne weiteres ermittelt werden. Regelmäßig wird auch verlangt, dass verschiedene Geschäftsszenarien geprüft und die Ergebnisse mit einer alternativen Bewertungsmethode verglichen werden. Auch dies ist oftmals mangels hinreichender Datengrundlage kaum verlässlich möglich. Der Private-Investor-Test auf Gutachtenbasis ist daher aufgrund der verbleibenden erheblichen Rechtsunsicherheit nur im Ausnahmefall ein valides Argumentationsmittel für Kommunen, um die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts zu verneinen.

IV. Selektivität der Begünstigung

Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet nur solche staatlichen Maßnahmen, die **bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige** begünstigen (sog. selektive Begünstigung).

Das Beihilfenverbot betrifft hingegen **nicht** allgemeine staatliche Maßnahmen der Konjunktur- oder Wirtschaftspolitik, die **allen** in einem Mitgliedstaat tätigen Unternehmen in gleicher Weise zu Gute kommen und kein einzelnes Unternehmen im Wettbewerb gegenüber anderen bevorzugen. Das betrifft in erster Linie Regelungen zu Steuerentlastungen oder zu jedem Unternehmen zugänglichen Fördermitteln.

Selektiv und somit vom Beihilfenrecht umfasst sind Einzelmaßnahmen, die einem einzelnen oder einer kleinen Zahl ausgewählter Unternehmen Vorteile gegenüber anderen Unternehmen in vergleichbarer Lage gewähren. Das Beihilfenrecht findet somit auch auf breiter angelegte Regelungen Anwendung, die zwar bestimmte Unternehmen, aber eben nicht alle in einer vergleichbaren Situation befindlichen Unternehmen begünstigen.

Selbst auf die zu Beginn der COVID19-Pandemie gewährten umfangreichen Unterstützungsmaßnahmen für Unternehmen war daher das Beihilfenrecht anwendbar, da einzelne Branchen (insb. Banken) sie nicht in Anspruch nehmen konnten. Vor diesem Hintergrund sind kommunale Fördermaßnahmen in aller Regel als selektiv einzustufen, weil sie schon ihrer Natur nach typischerweise nicht alle Unternehmen in gleicher Weise begünstigen. Typischerweise sind die Beihilfenregelungen zur Abfederung der COVID19-Pandemie jedoch durch die jeweiligen Mitgliedstaaten zur Europäischen Kommission notifiziert und durch letztere freigegeben worden.

Etwas anderes kann jedoch gelten im Hinblick auf allgemeine Maßnahmen bei der Bereitstellung oder Förderung von **Infrastruktur**. Allgemeine Infrastrukturmaßnahmen sind nicht selektiv (und somit nicht vom Beihilfenrecht umfasst), wenn die geförderte Infrastruktur allen vorhandenen und künftigen Unternehmen diskriminierungsfrei zu gleichen Bedingungen zur Verfügung steht. Das ist grundsätzlich der Fall beim Bau von Straßen und Brücken.

Steht die Infrastruktur hingegen nur einem oder mehreren bestimmten Unternehmen exklusiv zur Nutzung offen, sind staatliche (Förder-)Maßnahmen in Bezug auf die Infrastruktur grundsätzlich als selektiv anzusehen. Dasselbe gilt, wenn der Staat Infrastrukturen bereitstellt, die auf die spezifischen Bedürfnisse bestimmter Unternehmen zugeschnitten sind. Das betrifft vor allem sog. „**innere Erschließungsmaßnahmen**“, bei denen der Staat das Grundstück eines bestimmten Unternehmens verbilligt oder kostenlos an die allgemeinen Infrastruktureinrichtungen anschließt oder z.B. begradigt, auffüllt oder Altlasten beseitigt. Derartige, auf ein konkretes Grundstück bezogene Maßnahmen kommen regelmäßig nur einem oder mehreren bestimmten Unternehmen zugute und sind damit selektiv.

Bei sog. „**äußeren Erschließungsmaßnahmen**“, d.h. Maßnahmen außerhalb des Grundstücks eines bestimmten Unternehmens, hängt die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts davon ab, ob die Maßnahme tatsächlich nur einem Unternehmen zugutekommt (sog. „gewidmete Infrastruktur“), oder ob sie (jedenfalls auch) der Allgemeinheit dient. Dabei legt die Europäische Kommission einen vergleichsweise großzügigen Maßstab zugrunde. So hat sie etwa die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf den Ausbau von Zugangsstraßen sowie des Elektrizitäts-, Telefon-, Wasserzuleitungs- und Kanalisationsnetzes bis zum Gelände eines Freizeitparks verneint.¹⁶ Diese Maßnahmen kämen allen in dem betreffenden Gebiet ansässigen natürlichen und juristischen Personen zugute und verschafften daher nicht nur einem bestimmten Unternehmen einen Vorteil.

¹⁶ Europ. Komm., Entsch. v. 02.08.2002, ABl. L91 v. 08.04.2003, S. 23, 32 – *Terra Mítica SA*.

Praxis-Tipp: Je eher eine Infrastrukturmaßnahme durch mehrere Unternehmen genutzt werden kann, desto eher ist sie als allgemeine, nicht selektive Maßnahme einzustufen. Entscheidend ist die tatsächliche Wirkung einer Maßnahme, nicht ob diese „offiziell“ als allgemeine Infrastrukturmaßnahme bezeichnet wird. Ist eine Maßnahme hingegen so zugeschnitten, dass sie nur einem einzigen (und damit bestimmten) Unternehmen zugutekommen kann, das in dem Gebiet angesiedelt oder zum Verbleib im Gemeindegebiet motiviert werden soll, ist die Maßnahme mit hoher Wahrscheinlichkeit selektiv.

V. Wettbewerbsverfälschung

Darüber hinaus muss die staatliche Maßnahme den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Ausreichend ist die **Geeignetheit der Maßnahme zu einer Verfälschung des Wettbewerbs**. Dies ist der Fall, wenn die Stellung des begünstigten Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern durch das Eingreifen des Staates verbessert werden kann. Ob es tatsächlich zu einer Wettbewerbsverfälschung kam, ist irrelevant. Es gibt auch keine Spürbarkeitsschwelle in dem Sinne, dass die drohende Wettbewerbsverfälschung erheblich oder wesentlich sein müsste.

Dementsprechend ist die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals als Argument gegen das Vorliegen einer Beihilfe gering. Die Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichten geht davon aus, dass beim Vorliegen einer tatbestandlichen Begünstigung stets auch eine Wettbewerbsverfälschung droht.

Praxis-Tipp: Angesichts dieser geringen Anforderungen sollte kein größerer Begründungsaufwand investiert werden, um darzulegen, dass eine Begünstigung im Einzelfall keine wettbewerbsverfälschende Wirkung hat.

VI. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

1. Grundsatz: Weite Auslegung

Das Beihilfenverbot kommt nur zur Anwendung, wenn die Beihilfe den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug sind vom Geltungsbereich des Beihilfenverbots ausgenommen. Dieses Tatbestandsmerkmal wird grundsätzlich weit ausgelegt. Es muss insbesondere nicht festgestellt werden, dass eine Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hat, sondern es reicht bereits die **Möglichkeit** einer solchen Handelsbeeinträchtigung aus.

Wird mit einer Finanzierungsmaßnahme die Stellung eines Unternehmens verbessert, das im **Wettbewerb zu Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten** steht, ist von einer

Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auszugehen. Das gilt auch dann, wenn das geförderte Unternehmen zwar nicht selbst am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt, seine Förderung aber dazu führt, dass es für ausländische Unternehmen **schwieriger wird, in Deutschland in den Markt einzutreten.**

Weder die verhältnismäßig geringe Höhe einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließen von vornherein die Möglichkeit von Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten aus. Allerdings dürfen diese Auswirkungen nicht bloß hypothetischer Natur sein oder vermutet werden. Vielmehr muss auf der Grundlage der vorhersehbaren Auswirkungen der Maßnahme festgestellt werden, inwieweit die Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben könnte.

Hinweis: Auch bei finanziellen Maßnahmen für Unternehmen, die lokale oder regionale öffentliche Dienstleistungen erbringen und hiermit gegebenenfalls betraut sind, ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Zuwendung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken kann. Durch die Gewährung eines Vorteils kann nämlich der Tätigkeitsbereich des begünstigten Unternehmens beibehalten oder ausgeweitet werden, so dass sich die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Leistungen auf dem Markt dieses Staates zu erbringen, verringern.

2. Neuere Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission

Seit einigen Jahren legt die Europäische Kommission das Tatbestandsmerkmal der Zwischenstaatlichkeit deutlich enger aus und vertritt die Auffassung, dass bestimmte Finanzierungsmaßnahmen **rein lokale Auswirkungen** haben können und sich dann nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken.

Ob eine Maßnahme rein lokale Auswirkungen hat (und somit nicht Gegenstand des Beihilfenrechts ist), prüft die Kommission anhand der folgenden Fragen:

- Bietet der Empfänger seine Dienstleistungen/Waren nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat an und zieht er wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten an (**nutzerbezogene Betrachtung**)?
- Hat die Maßnahme keine – oder höchstens marginale – vorhersehbare Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen in dem Sektor bzw. die Gründung von Unternehmen im EU-Binnenmarkt (**anbieterbezogene Betrachtung**)?

Sind diese beiden Fragen zu bejahen, ist nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht mit einer wesentlichen Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu rechnen. Das Beihilfenverbot gilt dann nicht.

In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission werden bei der Prüfung der rein lokalen Auswirkungen einer Finanzierungsmaßnahme insbesondere die folgenden Faktoren berücksichtigt:

- Lokal bzw. regional begrenztes Gebiet, in dem der Fördermittelempfänger seine Leistungen erbringt;
- Kunden bzw. Nachfrager des Fördermittelempfängers stammen aus einem lokal bzw. regional begrenzten Einzugsgebiet und allenfalls in vernachlässigbarem Umfang aus dem Ausland;
- Leistungen des Fördermittelempfängers sind nach ihrer Art nicht geeignet, Nachfrager aus dem Ausland anzuziehen, sondern im Wesentlichen der Versorgung der örtlichen Bevölkerung;
- Der Fördermittelempfänger hat sein Leistungsangebot nicht gezielt auf Nachfrager aus dem Ausland ausgerichtet (z.B. durch Werbung im Ausland, oder die gezielte Beschäftigung von Mitarbeitern mit Fremdsprachenkenntnissen);
- Lage und verkehrstechnische Anbindung bieten keinen Anreiz für ausländische Nutzer;
- Wettbewerbsumfeld des Fördermittelempfängers betrifft nur ein regionales Gebiet;
- Geringer Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeiten des Fördermittelempfängers indiziert fehlende grenzüberschreitenden Auswirkungen;
- (Nicht-) Vorliegen grenzüberschreitender Investitionen im Sektor des Fördermittelempfängers;
- Wird durch die Fördermaßnahme der Marktzutritt von Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten oder deren Bestehen im Markt erschwert?

Maßgeblich ist eine Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls. So führt etwa die grenznahe Lage des Fördermittelempfängers und damit gute Anbindung an das Ausland nicht ohne weiteres dazu, dass eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten anzunehmen ist. Wenn in diesen Fällen das Leistungsangebot

auf inländische Nachfrager ausgerichtet ist und sich die Nachfrage von Kunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten etwa anhand einer **Einzugsgebietsstatistik** verneinen lässt, spricht das gegen eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten¹⁷.

Praxis-Tipp: Das mögliche Fehlen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels muss im Wege einer **auf plausiblen Tatsachen beruhenden Prognose** sorgfältig geprüft werden. Das Ergebnis dieser Prüfung und die Gründe, aufgrund derer die Zwischenstaatlichkeit wegen der rein lokalen Auswirkungen einer Maßnahme im Einzelfall verneint wurde, sind zu dokumentieren. Da Fördermittelgeber verpflichtet sind, eine Selbsteinschätzung vorzunehmen, und Fördermittelnnehmer das Rückforderungsrisiko tragen, sollten die fehlenden zwischenstaatlichen Auswirkungen stets vor der Gewährung einer Begünstigung geprüft und dokumentiert werden.

In den folgenden Fällen hat die Europäische Kommission die Eignung einer Finanzierungsmaßnahme zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels verneint:

- Sport- und Freizeiteinrichtungen mit überwiegend lokalem Einzugsgebiet, die kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein dürften;
- Kulturelle Veranstaltungen und kulturelle Einrichtungen mit wirtschaftlichen Tätigkeiten, die jedoch kaum Nutzer oder Besucher dazu veranlassen dürften, diese Angebote anstatt ähnlicher Angebote in anderen Mitgliedstaaten zu nutzen;
- Krankenhäuser und andere Gesundheitseinrichtungen, die die üblichen medizinischen Leistungen für die örtliche Bevölkerung erbringen und kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein dürften;
- Nachrichtenmedien und/oder kulturelle Erzeugnisse, die aus sprachlichen und räumlichen Gründen ein örtlich begrenztes Publikum haben;
- Tagungszentren, bei denen es aufgrund des Standorts und angesichts der potenziellen Auswirkungen der Beihilfe auf die Preise unwahrscheinlich ist, dass Nutzer von Tagungszentren in anderen Mitgliedstaaten abgeworben werden;

¹⁷ Europ. Komm., Beschl. v. 29.04.2015, SA.37904 – *Ärztehaus Durmersheim*.

- Informations- und Netzwerkplattformen zur direkten Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Bewältigung sozialer Konflikte in einem vorab festgelegten, sehr kleinen lokalen Gebiet;
- Kleine Flughäfen oder Häfen, die überwiegend lokale Nutzer bedienen, so dass der Wettbewerb um die angebotenen Dienstleistungen auf die lokale Ebene begrenzt ist und allenfalls marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen zu erwarten sind.

Hinweis: Das Gericht der Europäischen Union (EuG) hat im Jahr 2019 die neue Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission erstmals bestätigt und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei der staatlichen Finanzierung eines Hafens mit lediglich 7 % Nutzern aus anderen EU-Mitgliedstaaten wegen dessen rein lokaler Tätigkeit verneint.¹⁸ Auf Ebene der nationalen Gerichte hat der BGH in einem Urteil zur die Förderung eines Krankenhauses¹⁹ ebenfalls an die neue Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission angeknüpft. **Eine höchstrichterliche Bestätigung der neueren Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission durch den EuGH steht allerdings (Stand: Ende 2021) noch aus.** Dies sollte auch im Rahmen der Einschätzung beihilfenrechtlicher Risiken bei Rückgriff auf das Argument der fehlenden zwischenstaatlichen Auswirkungen berücksichtigt werden.

VII. Ausnahme: Vorliegen einer Bagatellbeihilfe nach der De-minimis-VO

1. Allgemeines

Maßnahmen, die nur einen vergleichsweise geringen Beihilfenbetrag beinhalten, haben nur geringe negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Europäischen Union. Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission Sonderregelungen für solche Bagatellbeihilfen erlassen.

Beihilfen, die die Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung der Europäischen Kommission²⁰ erfüllen, sind **von der Notifizierungspflicht** nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV **ausgenommen**.

¹⁸ EuG, Urt. v. 14.05.2019, Rs. T-728/17 – *Marinvest und Porting*.

¹⁹ BGH, Urt. v. 24.03.2016, Az. I ZR 263/14 – *Kreiskliniken Calw*.

²⁰ VO (EU) Nr. 1407/2013 v. 18.12.2013, ABl. EU L 352, S. 1, in der nach der VO (EU) Nr. 2020/972 bis 31.12.2023 verlängerten Fassung.

2. Materielle Voraussetzungen der De-minimis-VO

Zentrale Voraussetzung für die Gewährung einer zulässigen Beihilfe auf Grundlage der De-minimis-VO ist, dass der Gesamtbetrag der **einem einzigen Unternehmen** gewährten De-minimis-Beihilfen den zulässigen **Höchstbetrag von 200.000 Euro**, jeweils **über drei aufeinanderfolgende Steuerjahre kumuliert** betrachtet, nicht übersteigt.

Für die Ermittlung des zulässigen Höchstbetrags ist eine **Konzernbetrachtung** vorzunehmen. Das heißt es sind sämtliche Beihilfen mit einzubeziehen, die dem unmittelbaren Empfänger der Beihilfe **einschließlich aller mit ihm verbundenen Unternehmen** gewährt wurden. Demnach bezieht der Begriff „ein einziges Unternehmen“ im Rahmen der De-minimis-VO alle Unternehmen mit ein, die zueinander in mindestens einer der folgenden Beziehungen stehen (Art. 2 Abs. 2 De-minimis-VO):

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

Auch Unternehmen, die über ein anderes Unternehmen oder mehrere andere Unternehmen zueinander in einer der vorstehend genannten Beziehungen stehen, werden als ein einziges Unternehmen betrachtet.

Das kann dazu führen, dass einem Unternehmen keine De-minimis-Beihilfen mehr gewährt werden können, weil andere Unternehmen desselben Konzerns den Höchstbetrag bereits ausgeschöpft haben.

Beispiel: Konzernmutter K (ohne Beteiligung der öffentlichen Hand) verfügt über zwei Tochtergesellschaften (A und B), die sie jeweils zu 100 % kontrolliert. Unternehmen A hat im abgelaufenen Steuerjahr eine De-minimis-Beihilfe des Landkreises L i.H.v. EUR

180.000 erhalten. B beantragt beim Land Baden-Württemberg eine weitere De-minimis-Beihilfe i.H.v. EUR 70.000.

Weil A und B jeweils durch K beherrscht werden, ist für die Ermittlung des zulässigen Höchstbetrags der gesamte K-Konzern maßgeblich. Da der Konzern K – durch das verbundene Unternehmen A – bereits eine De-minimis-Beihilfe i.H.v. EUR 180.000 erhalten hat, dürften B – als Teil des K-Konzerns – weitere De-minimis-Beihilfen nur noch im Umfang von höchstens EUR 20.000 gewährt werden.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt im Rahmen der De-minimis-VO für öffentliche Unternehmensverbände: (Konzern-)Unternehmen der öffentlichen Hand, deren einzige Beziehung darin besteht, dass jedes von ihnen eine direkte Verbindung zu derselben **öffentlichen Einrichtung** aufweist, werden im Rahmen der De-minimis-VO **nicht als miteinander verbunden eingestuft**.²¹ Damit gelten die jeweiligen von einer Kommune gehaltenen Schwestergesellschaften einschließlich ihrer Beteiligungen jeweils gesondert als „ein einheitliches Unternehmen“, so dass sie auch jeweils getrennt die De-minimis-Höchstgrenze von EUR 200.000 ausschöpfen können. Aus Sicht der Kommune als Muttergesellschaft gilt die Konzernbetrachtung somit ausnahmsweise nach der De-minimis-Bekanntmachung nur „nach unten“ (d.h. hinsichtlich Tochtergesellschaften einschließlich ihrer Beteiligungen), aber nicht „zur Seite“ (in Bezug auf deren Schwestergesellschaften).

Beispiel: *Wie oben, allerdings ist die Konzernmutter K eine Gemeinde.*

*Weil es sich bei K um eine öffentliche Einrichtung handelt und A und B lediglich mit K, nicht aber unmittelbar untereinander verbunden sind, werden A und B im Rahmen der De-minimis-VO nicht als verbundene Unternehmen eingestuft. Die De-minimis-Beihilfe, die A vom Landkreis L gewährt wurde, ist deshalb **nicht** auf die De-minimis-Beihilfe **anzurechnen**, die B beim Land Baden-Württemberg beantragt hat. B könnte die De-minimis-Beihilfen des Landes in vollem Umfang gewährt werden.*

Abwandlung: *Wie oben, Konzernmutter K ist wiederum eine Gemeinde, B ist jedoch eine 100 %-ige Tochtergesellschaft von A.*

²¹ Mit dieser Privilegierung von öffentlichen Unternehmensverbänden soll der besonderen Situation von Unternehmen Rechnung getragen werden, die zwar der Kontrolle derselben öffentlichen Einrichtung bzw. Einrichtungen unterliegen, die aber möglicherweise eher über unabhängige Entscheidungsbefugnisse verfügen als in einem Konzern in der Privatwirtschaft (Europ. Komm., Beihilfenmitteilung, Erwägungsgrund Nr. 4).

In diesem Fall besteht die Beziehung zwischen A und B nicht nur in ihrer Verbindung zur Gemeinde K. A und B sind vielmehr unmittelbar miteinander verbundene Unternehmen. Daher wäre in der Abwandlung die De-minimis-Beihilfe, die A bereits erhalten hat, auf die von B beantragte De-minimis-Beihilfe anzurechnen.

Praxis-Tipp: Die De-minimis-VO eröffnet damit Spielräume für eine weitergehende Förderung öffentlicher Unternehmen. Prüfen Sie vor der Gewährung einer De-minimis-Beihilfe genau, ob der Beihilfenempfänger Teil eines öffentlichen Unternehmensverbundes ist und welche Beihilfen, die andere Konzernunternehmen gegebenenfalls schon erhalten haben, auf die neue Maßnahme anzurechnen sind.

Die gewährten De-minimis-Beihilfen müssen darüber hinaus „**transparent**“ sein. Das ist grundsätzlich dann der Fall, wenn ihr „Beihilfenwert“ – das sog. „*Bruttosubventionsäquivalent*“ – unmittelbar erkennbar ist bzw. im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Das ist insbesondere der Fall bei Barzuschüssen oder direkten Zuschüssen für Zinszahlungen.

Schwieriger ist das Bruttosubventionsäquivalent hingegen bei der Gewährung zinsloser oder verbilligter Darlehen oder der Übernahme von Bürgschaften zu ermitteln. Der für den De-minimis-Höchstbetrag maßgebliche Beihilfenwert ist etwa bei einem durch eine Kommune gewährten Darlehen nicht die Darlehenssumme, sondern der **Zinsvorteil**, den der Empfänger **im Vergleich zu einem marktüblichen Darlehen** erlangt. Das Bruttosubventionsäquivalent ist folglich die Differenz aus den marktüblichen Zinsen und den Zinsen, die der Darlehensnehmer für das Förderdarlehen zu bezahlen hat. Die marktüblichen Zinsen und damit der beihilfenrechtlich relevante Zinsvorteil können auf der Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden Referenzzinssatzes berechnet werden.

Praxis-Tipp: Sind die (Referenz-)Zinsen recht niedrig, können vergleichsweise hohe Summen zinslos als Darlehen vergeben werden, ohne dass hierdurch der zulässige De-minimis-Höchstbetrag überschritten wird.

Zudem enthält die De-minimis-VO für Darlehen und Bürgschaften sog. „*safe harbours*“: Danach fallen Darlehen bis zu einer Höhe von 1 Mio. Euro, die zu mindestens 50 % mit Sicherheiten unterlegt sind und eine Laufzeit von maximal fünf Jahren haben, unabhängig von der Höhe der Zinsen, unter den Schwellenwert der De-minimis-VO. Bei Bürgschaften ist dies der Fall, wenn sie sich auf einen Anteil von höchstens 80 % des zugrundeliegenden Darlehens bezieht und einen Betrag von EUR 1,5 Mio. und eine Laufzeit von fünf Jahren nicht überschreiten.

Dieser Leitfaden geht auf diese gesonderten Anforderungen im Rahmen der weiteren Darstellung unter **E. III.** bzw. **F. I. 2.** noch weiter ein.

3. Formale Anforderungen der De-minimis-VO

Landkreise, Städte und Gemeinden sind als beihilfengewährende Stellen verpflichtet, einem Unternehmen, dem sie eine De-minimis-Beihilfe gewähren wollen, zunächst schriftlich das Bruttosubventionsäquivalent der Beihilfe mitzuteilen und es darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Förderung um eine De-minimis-Beihilfe handelt (sog. **De-minimis-Bescheinigung**). Zudem muss die beihilfengewährende Stelle von dem Beihilfenempfänger eine Erklärung in schriftlicher oder elektronischer Form verlangen, in der dieses Unternehmen der öffentlichen Stelle alle anderen De-minimis-Beihilfen angibt, die ihm in den beiden vorangegangenen Steuerjahren sowie im laufenden Steuerjahr gewährt wurden (sog. **De-minimis-Erklärung**). Die Gewährung der De-minimis-Beihilfe ist erst dann zulässig, wenn sich die jeweilige Stelle anhand der De-minimis-Erklärung vergewissert hat, dass der Betrag der dem betreffenden Unternehmen insgesamt gewährten De-minimis-Beihilfen den Höchstbetrag i.H.v. EUR 200.000 (brutto) nicht übersteigt und sämtliche Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung erfüllt sind.

Hinweis: Diese formalen Schritte sind notwendig, um im Falle von Nachfragen der Europäischen Kommission oder sogar der Einleitung eines Beihilfenprüfverfahrens nachweisen zu können, dass die Voraussetzungen für De-minimis-Beihilfen eingehalten worden sind. Diese Vorgaben sind somit keine „Schikane“, sondern verbessern die Rechtsposition sowohl der beihilfengewährenden öffentlichen Stelle als auch des Beihilfenempfängers. Machen Unternehmen hingegen unrichtige Angaben zu bereits erhaltenen „De-minimis-Beihilfen“, kann dies als subventionserhebliche Tatsache sogar strafbar nach § 264 StGB (Subventionsbetrug) oder § 263 StGB (Betrug) sein.

Kommunen sind nach der De-minimis-VO verpflichtet, sämtliche Informationen zu De-minimis-Beihilfen aufzuzeichnen und aufzubewahren. Die Aufzeichnungen müssen alle Informationen enthalten, die für den Nachweis benötigt werden, dass die Voraussetzungen der De-minimis-VO erfüllt sind. Die Aufzeichnungen sind 10 Steuerjahre ab dem Zeitpunkt aufzubewahren, in dem die Beihilfe gewährt wurde.

Nach Art. 5 De-minimis-VO dürfen De-minimis-Beihilfen nur eingeschränkt mit Beihilfen auf der Grundlage anderer Förderprogramme und Beihilfenregelungen kumuliert werden, sofern sich die beiden Fördermaßnahmen auf dieselben beihilfefähigen Kosten beziehen. Hat ein Unternehmen bereits solche anderen Beihilfen erhalten, dürfte ihm eine De-minimis-Beihilfe grundsätzlich nur gewährt werden, wenn dies nicht dazu führt, dass der nach der jeweils anderen Fördergrundlage zulässige Höchstbetrag überschritten wird.

4. Kumulierung von De-minimis-Beihilfen mit Corona-Beihilfen

Ausnahmsweise dürfen De-minimis-Beihilfen mit sonstigen Beihilfen kumuliert werden, wenn dies nach einer von der Europäischen Kommission freigegebenen anderen Beihilfenregelung ausdrücklich zulässig ist.

So hat die Europäische Kommission etwa nach den Grundsätzen des „Befristeten Rahmens“²² die **Bundesregelung Kleinbeihilfen im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19**²³ freigegeben. Danach dürfen bis 30.06.2022 in der Bundesrepublik Deutschland Beihilfen an Unternehmen (Konzernbetrachtung) grundsätzlich bis zu einem Höchstbetrag von EUR 2,3 Mio. in Form von

- direkten Zuschüssen und rückzahlbaren Vorschüssen
- Steuervorteilen oder Vergünstigungen in Bezug auf andere Zahlungen
- Darlehen
- Eigenkapital und mezzaninen Finanzierungen sowie
- Bürgschaften, Rückbürgschaften, Garantien und Rückgarantien

gewährt werden, ohne dass diese gesondert zur Europäischen Kommission notifiziert werden müssen. Die Bundesregelung Kleinbeihilfen gilt auch für Beihilfen, die durch Kommunen gewährt werden.

Diese Kleinbeihilfen dürfen grundsätzlich mit De-minimis-Beihilfen kumuliert werden, d.h. zusätzlich zu der Corona-Beihilfe nach der Bundesregelung Kleinbeihilfen dürfen Unternehmen auch Bagatellbeihilfen nach der De-minimis-VO in Anspruch nehmen, ohne dass dies zu einer Notifizierungspflicht zur Europäischen Kommission führt.²⁴ Dies gilt allerdings nach Art. 5 Abs. 2 De-minimis-VO dann nicht, wenn die jeweiligen Förderungen sich auf dieselben beihilfefähigen Kosten im Rahmen ein und desselben Vorhabens beziehen. In diesem Fall darf nur bis zu dem Höchstbetrag der Bundesregelung Kleinbeihilfen gefördert werden.

²² Europ. Komm., Mitteilung vom 19.03.2020, „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, ABl. EU 2020 C 91 I/1.

²³ Fünfte Geänderte Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 vom 21.12.2021, Bundesanzeiger AT 31.12.2021 B1.

²⁴ Vgl. § 3 Abs. 2 der Fünften Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen vom 21.12.2021.

C.

Beihilfenrechtliche Behandlung kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen

Die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge nimmt in der kommunalen Praxis eine zentrale Bedeutung ein. Weil mit diesen Leistungen häufig hohe Fixkosten und/oder Vorgaben für die Festsetzung der Entgelte verbunden sind, können diese typischerweise nicht kostendeckend erbracht werden. Die hier tätigen Unternehmen sind daher regelmäßig auf eine Finanzierung durch die Kommunen angewiesen, beispielsweise durch Defizitausgleiche, Kapital- und Sacheinlagen, Darlehen und Bürgschaften oder die unentgeltliche Überlassung von Immobilien.

Auch wenn sich die Kommunen bei diesen Finanzierungsmaßnahmen mitunter im Rahmen der ihnen zugewiesenen öffentlichen Aufgaben bewegen, können diese dem Beihilfenverbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit der Pflicht zur vorherigen Notifizierung bei der Europäischen nach Art. 108 Abs. 3 AEUV unterliegen, wenn sie die unter **B.** dargestellten Tatbestandsmerkmale (s.o.) erfüllen.

Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses aus praktischer Notwendigkeit der staatlichen Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge einerseits und der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Beihilfenverbots andererseits, existieren verschiedene **Sonderregelungen**, die Finanzierungsmaßnahmen im Bereich der Daseinsvorsorge erleichtern sollen (hierzu nachfolgend unter **II.**). Deren Anwendung setzt jedoch stets voraus, dass es sich bei den Tätigkeiten, die gefördert werden sollen, um sog. **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** handelt (hierzu nachfolgend unter **I.**).

I. Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

In der kommunalen Praxis kann für die Frage, ob bestimmte Leistungen als DAWI eingeordnet werden können, im Ausgangspunkt auf den im Kommunalrecht entwickelten Bereich der Leistungen zur „Daseinsvorsorge“ abgestellt werden. Soweit eine Tätigkeit unter diesen Begriff subsumiert werden kann, ist dies grundsätzlich ein Indiz für das Vorliegen einer DAWI, für sich genommen aber noch nicht ausreichend.

Die Europäische Union bezieht sich in Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 AEUV ausdrücklich auf „**Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**“ (*DAWI*). Es findet sich jedoch weder im europäischen Primärrecht (EUV, AEUV) noch in den sekundärrechtlichen Regelungen eine Legaldefinition dieses Begriffes.

Nach der Definition der Europäischen Kommission als Exekutivorgan sind DAWI wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und die ohne staatliche Eingriffe

am Markt überhaupt nicht, nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen durchgeführt würden. Dabei muss die Gemeinwohlverpflichtung dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrags auferlegt werden, wobei sichergestellt sein muss, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen.²⁵

In der „**DAWI-Mitteilung**“²⁶ erläutert die Europäische Kommission verschiedene Schlüsselbegriffe und Tatbestandsmerkmale für die Anwendung der Vorschriften des Beihilfenrechts auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI. Eine DAWI liegt demnach grundsätzlich dann vor, wenn die folgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Es handelt sich um **wirtschaftliche Tätigkeiten**. Nur in diesem Fall ist das Beihilfenrecht überhaupt anwendbar (s.o. **B.I.**). Liegen hingegen nicht-wirtschaftliche oder hoheitliche Tätigkeiten vor, fallen etwaige Finanzierungsmaßnahmen bereits nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots und sind ohne weiteres beihilfenrechtlich zulässig.
- Die Tätigkeiten werden **im Interesse der Allgemeinheit bzw. zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht**. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn die fraglichen Leistungen für die gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung unverzichtbar sind. Ein Tätigwerden im Allgemeininteresse wird auch dann angenommen, wenn ein Unternehmen eine Leistung erbringt, obwohl dies seinen eigenen gewerblichen Interessen widerspricht, d.h. wenn es die Leistungen nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte, wenn es ausschließlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse handeln würde²⁷.

Es ist hingegen nicht erforderlich, dass die Tätigkeit dem Allgemeininteresse der Gesamtbevölkerung des Mitgliedsstaates dient. Es reicht insbesondere aus, wenn mit der Tätigkeit die Interessen einer einzelnen Gemeinde oder eines Landkreises erfüllt werden.

- Bei der Erbringung der Tätigkeiten ist ein **Marktversagen** zu beobachten. Das ist dann der Fall, wenn die Leistung ohne Eingreifen des Staates nicht in ausreichender Qualität und Umfang am Markt erbracht würde.

²⁵ Europ. Komm., Qualitätsrahmen, KOM(2011) 900, S. 3.

²⁶ Europ. Komm., Mitteilung vom 11. Januar 2012, ABI. EU C 8, S. 4.

²⁷ Europ. Komm., DAWI-Mitteilung, Rn. 45 ff.

Praxis-Tipp: Stellen Sie sich die folgende Kontrollfrage: Hätte ein rein gewinnorientiertes Unternehmen die Leistungen übernommen, wenn es keine staatlichen Fördermittel erhalten würde? Kann diese Frage mit „Ja“ beantwortet werden, spricht das gegen das Vorliegen einer DAWI.

Die Europäische Kommission weist darauf hin, dass den Mitgliedstaaten bei der Einordnung bestimmter Tätigkeiten als DAWI ein **weiter Beurteilungsspielraum** zukommt, der nur eingeschränkt überprüft werden könne. Angesichts der fehlenden, unionsweit einheitlichen Definition des DAWI-Begriffs und den unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedsstaaten folge, dass die Europäische Kommission und die Europäischen Gerichte lediglich auf eine **Missbrauchskontrolle** auf offenkundige Fehler beschränkt sind.²⁸ An diesen Maßstab müssen sich grundsätzlich auch die nationalen Gerichte halten. Im Rahmen der bundesstaatlichen und föderalen Struktur obliegt es demnach den jeweils zuständigen Stellen der Bundes-, Landes- oder Kommunalverwaltung, zu entscheiden, welche Leistungen als DAWI eingestuft werden und welche nicht.

Aufgrund des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten können viele Leistungen, die im nationalen Recht als „Daseinsvorsorgeleistungen“ anerkannt sind, auch als DAWI eingeordnet werden, z.B.:

- Betrieb von Krankenhäusern; Krankentransport- und Rettungsdienstleistungen
- Sozialleistungen (Altenpflege, Jugendeinrichtungen, Kinderbetreuung etc.);
- Bedienung unrentabler Bus- und/oder Schienenverbindungen im ÖPNV/SPNV
- Kulturelle Einrichtungen und Veranstaltungen (Museen, Theater, Festivals);
- Sozialer Wohnungsbau
- Arbeitsvermittlung

Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Auch andere, hier nicht genannte Tätigkeiten können als DAWI eingeordnet werden, wenn sie die oben genannten Kriterien erfüllen.

Praxis-Tipp: Da Märkte und die Markt- und Wettbewerbsbedingungen Veränderungen unterliegen, können Leistungen, die heute noch als DAWI gelten, künftig möglicherweise nicht mehr als DAWI eingeordnet werden, etwa wenn Märkte liberalisiert werden (z.B.

²⁸ Europ. Komm., Mitteilung vom 11.01.2012, ABl. EU C 8, Tz. 48.

die Energieversorgung). Umgekehrt können Leistungen, die bislang keinen Gemeinwohlbezug aufgewiesen haben, aufgrund eines Marktversagens wieder oder erstmalig zu DAWI werden. Prüfen Sie deshalb im Vorfeld jeder Fördermaßnahme, ob die zu fördernden Leistungen zum Zeitpunkt der Gewährung der Begünstigung als DAWI angesehen werden können.

II. Die beihilfenrechtliche Bewertung der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge

Allein aus dem Umstand, dass ein bestimmtes Unternehmens DAWI erbringt, folgt nicht, dass sämtliche Finanzierungsmaßnahmen, die staatliche Stellen zugunsten dieses Unternehmens ergreifen, beihilfenrechtlich zulässig sind. Sollten die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe grundsätzlich erfüllt sein, ist hier zusätzlich eine vierstufige Prüfung durchzuführen:

1. Stufe: Ist die Finanzierungsmaßnahmen für DAWI nach dem Maßstab der „Altmark Trans“-Rechtsprechung²⁹ ausnahmsweise vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgenommen?

2. Stufe (falls die Kriterien der Altmark Trans-Rspr. nicht erfüllt sind): Gilt die Finanzierungsmaßnahme für DAWI ausnahmsweise nach der DAWI-De-minimis-Verordnung³⁰ als nicht spürbar und ist somit als Bagatellbeihilfe vom Beihilfenverbot ausgenommen?

3. Stufe (falls auch die Kriterien der DAWI-De-minimis-VO nicht erfüllt sind): Ist die Finanzierungsmaßnahme für DAWI zwar eine Beihilfe, aber ausnahmsweise nach dem Freistellungsbeschluss³¹ von der Notifizierungspflicht ausgenommen?

4. Stufe (falls auch die Kriterien des Freistellungsbeschlusses nicht erfüllt sind): Kann die Finanzierungsmaßnahme für DAWI ausnahmsweise infolge einer Notifizierung zur Europäischen Kommission nach dem Unionsrahmen für Ausgleichsleistungen für DAWI³² genehmigt werden?

Die einzelnen Prüfungsstufen werden nachfolgend erläutert.

²⁹ EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*.

³⁰ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 vom 25.04.2012, ABI. EU L 114, S. 8.

³¹ Europ. Komm., Beschluss vom 20.12.2011, 2012/21/EU, ABI. EU L 7, S. 3.

³² Europ. Komm., Mitteilung vom 11.01.2012, 2012/C 8/03, ABI. EU C 8, S. 15.

1. Tatbestandsausnahme vom Beihilfenrecht nach der Rechtsprechung des EuGH i.S. „Altmark Trans“

Der EuGH hat in seiner Entscheidung i.S. „Altmark-Trans“³³ Grundsätze aufgestellt, nach denen die staatliche Förderung eines Unternehmens, das DAWI erbringt, bereits **tatbestandlich keine Beihilfe** darstellt und damit ohne weiteres zulässig ist.

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit ging es um die Frage, ob öffentliche Zuschüsse für den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen. Der EuGH entschied, dass diese Finanzierungsmaßnahmen keine Beihilfen sind, soweit die Zuschusszahlungen lediglich als Ausgleich für Leistungen anzusehen sind, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Mit anderen Worten: Liegt in der Ausgleichszahlung lediglich die „Gegenleistung“ für die Erbringung von defizitären DAWI, dann fehlt es tatbestandlich an der Gewährung eines Vorteils und damit auch an einer Beihilfe.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind dafür die nachfolgend dargestellten vier Kriterien zu prüfen. Sind diese kumulativ erfüllt, liegt keine Begünstigung des Zuwendungsempfängers und damit keine Beihilfe vor. Die Ausgleichsleistungen dürften in diesem Fall ohne Verstoß gegen das Beihilfenverbot gewährt werden.

Kriterien der „Altmark Trans“-Rechtsprechung:

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

³³ EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*.

(4) **Effizienzgebot:** Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, muss die Höhe der Ausgleichsleistungen auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

Die praktische Relevanz der „Altmark Trans“-Rechtsprechung ist mittlerweile gering. Zwar wenden die Europäische Kommission und der EuGH die vier genannten Kriterien bei der Prüfung der Gewährung eines „Vorteils“ auf Tatbestandsebene weiterhin an. Die Anwendung dieser vier Kriterien ist jedoch mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Dies gilt insbesondere für das vierte Kriterium der „Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“. Um das Vorliegen einer Begünstigung ausschließen zu können, müsste die Kommune anhand objektiver Kriterien nachweisen, dass die ermittelten Kosten denen eines durchschnittlichen Unternehmens entsprechen. Hierbei sollen die Größe und die etwaige Marktmacht eines Unternehmens sowie sektorspezifische Vorschriften und unterschiedliche Kostenstrukturen in den verschiedenen Wirtschaftszweigen berücksichtigt werden. Nach Auffassung der Kommission darf insbesondere nicht auf einen anhand statistischer Daten ermittelten Durchschnittswert zurückgegriffen werden.

Diese Prüfung bzw. diesen Nachweis können Kommunen und kommunale Unternehmen in aller Regel nicht allein und nicht hinreichend rechtssicher vornehmen bzw. führen.

Praxis-Tipp: Die Prüfung des Vorliegens der „Altmark-Trans“-Kriterien nimmt viele Ressourcen in Anspruch, bietet gleichzeitig aber keine hinreichende Rechtssicherheit, dass die betreffende Maßnahme im Streitfall tatsächlich als beihilfenrechtlich zulässig angesehen werden würde. Konzentrieren Sie sich daher bei der beihilfenrechtlichen Prüfung Ihrer Fördervorhaben im Bereich der Daseinsvorsorge auf die nachfolgend dargestellten Sonderregelungen der Europäischen Kommission.

2. Ausnahme vom Beihilfenverbot für Bagatellbeihilfen nach der DAWI-De-minimis-Verordnung

Die DAWI-De-minimis-Verordnung³⁴ beruht auf denselben Regelungsprinzipien für Bagatellbeihilfen wie die allgemeine De-minimis-VO (s.o. **B.VI.**), so dass ihre Anwendung weitestgehend den gleichen Voraussetzungen unterliegt. Sie gilt jedoch ausschließlich

³⁴ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 vom 25.04.2012, ABl. EU L 114, S. 8.

für Beihilfen, die Unternehmen für die Erbringung von DAWI gewährt werden. Liegt eine Bagatellbeihilfe für DAWI vor, ist sie nach Art. 2 Abs. 1 DAWI-De-minimis-VO vom Beihilfenverbot ausgenommen und muss nicht zur Europäischen Kommission notifiziert werden.

Der Höchstbetrag der nach der DAWI-De-minimis-VO zulässigen Zuwendungen liegt bei **EUR 500.000 in drei Steuerjahren** (und somit um EUR 300.000 höher als „normale“ De-minimis-Beihilfen).

Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erbringung der DAWI, für die die Finanzierungsmaßnahme bestimmt ist, betraut werden. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass dieser Betrauungsakt sämtliche Details enthält oder formalen Anforderungen erfüllt, die im Falle einer Betrauung auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses vorgeschrieben sind (hierzu nachfolgend unter **D.III.3**). Vielmehr ist ausreichend, wenn eine schriftliche Betrauung des Unternehmens vorliegt, aus der sich die Einzelheiten zu dem Auftrag und der von dem Unternehmen zu erbringenden DAWI ergeben.³⁵

Genau wie allgemeine De-minimis-Beihilfen müssen auch DAWI-De-minimis-Beihilfen transparent sein, d.h. ihr Bruttosubventionsäquivalent muss sich im Voraus genau berechnen lassen. Barzuschüsse gelten als von vornherein transparent, da hier der gesamte Zuschussbetrag als Beihilfe anzusehen ist. Da dies bei Kapitalzuführungen und Risikokapitalmaßnahmen nicht der Fall ist, gelten diese nur dann als transparent, wenn der Gesamtbetrag der zugeführten öffentlichen Mittel den Höchstbetrag von EUR 500.000 nicht überschritten wird.

Wird der zulässige Höchstbetrag der DAWI-De-minimis-VO überschritten, entfällt deren Anwendbarkeit für die Maßnahme insgesamt. Die DAWI-De-minimis-VO kann insbesondere nicht für denjenigen Teil der Maßnahme in Anspruch genommen werden, der unterhalb des Schwellenwerts liegt.

Eine Kumulierung von DAWI-De-minimis-Beihilfen mit allgemeinen De-minimis-Beihilfen ist möglich, solange dabei der nach der DAWI-De-minimis-VO zulässige Höchstbetrag von EUR 500.000 in drei Steuerjahren nicht überschritten wird.

³⁵ Vgl. Erwägungsgrund (6) der DAWI-De-minimis-VO.

3. Ausnahme von der Notifizierungspflicht einer Beihilfe für DAWI nach dem Freistellungsbeschluss

Sollten weder die Voraussetzungen der Altmark-Trans-Rechtsprechung noch der DAWI-De-minimis-Verordnung erfüllt sein, bedarf es eines Rückgriffs auf den **Freistellungsbeschluss**³⁶, um eine Notifizierungspflicht von Beihilfen zur Europäischen Kommission zu vermeiden. Der Freistellungsbeschluss ist ein **verbindlicher Rechtsakt der Europäischen Kommission**, der sich unmittelbar an die Mitgliedstaaten richtet.

Voraussetzung für die Ausnahme von der Notifizierungspflicht nach dem Freistellungsbeschluss ist die **formale Betrauung eines Unternehmens mit der Erbringung von DAWI** entsprechend den Vorgaben des Freistellungsbeschlusses.

Die Betrauung eines Unternehmens mit der Erbringung von DAWI auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses hat zur Folge, dass zwar auf der Tatbestandsebene das Vorliegen einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu bejahen ist. Gleichwohl gelten die Ausgleichsleistungen an dieses Unternehmen in diesem Fall als mit dem Binnenmarkt vereinbar und sind nach Art. 3 des Freistellungsbeschlusses von der Verpflichtung zur vorherigen Notifizierung zur Europäischen Kommission befreit.

Hinweis: Die bloße Erbringung einer Daseinsvorsorgeleistung führt noch nicht zu einer beihilfenrechtlichen Privilegierung. Eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht zur Europäischen Kommission besteht nur, wenn das Unternehmen durch einen Betrauungsakt ordnungsgemäß mit der Erbringung der DAWI betraut worden ist.

Diese Freistellung setzt voraus, dass der Freistellungsbeschluss überhaupt anwendbar ist (hierzu unter **a**)), dass die Finanzierungsmaßnahme auf DAWI beschränkt ist (vgl. die Ausführungen unter **b**)) und die einzelnen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betrauung eingehalten worden sind (nachfolgend im Einzelnen unter **c**):

a) Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses

Von dem „Freistellungsbeschluss“ werden nach dessen Art. 2 Abs. 1 die folgenden Fallgruppen erfasst:

- Ausgleichsleistungen von nicht mehr als EUR 15 Mio. pro Jahr für die Erbringung von DAWI mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur;

³⁶ Beschluss vom 20.12.2011, 2012/21/EU, ABl. EU L 7, S. 3.

- Ausgleichsleistungen an Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten, ungeachtet der jeweiligen Höhe der Ausgleichsleistungen; Ausgleichsleistungen im sozialen Bereich im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, den Zugang zum und die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen, ungeachtet der jeweiligen Höhe der Ausgleichsleistungen;
- Im Verkehrsbereich: Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI im Flug- oder Schiffsverkehr zu Inseln mit nicht mehr als 300.000 Passagieren pro Jahr sowie für DAWI in kleinen Flughäfen mit höchstens 200.000 Passagieren pro Jahr und in kleinen Seehäfen mit höchstens 300.000 Passagieren pro Jahr.

Relevant für Kommunen ist insbesondere die Sonderregelung für Dienstleistungen im sozialen Bereich. Zwar ist bei vielen der hiervon erfassten Tätigkeiten ist bereits zweifelhaft, ob die jeweilige Tätigkeit überhaupt eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ darstellt oder nicht und ob damit der Anwendungsbereich des Beihilfenverbots überhaupt eröffnet ist (s.o. **B.I.**).

Beispiel: Tätigkeiten im Bereich der öffentlichen Bildung gelten grundsätzlich als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten. Das kann auch für Tätigkeiten der Kinderbetreuung in Kindertageseinrichtungen gelten, auch wenn diese teilweise von den Eltern durch Gebühren mitfinanziert werden.³⁷ Tätigkeiten der im Bereich der beruflichen Weiterbildung gelten hingegen als wirtschaftliche Tätigkeiten.

Soweit im Einzelfall das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht mit hinreichender Rechtssicherheit verneint werden kann, ist eine Betrauung des betreffenden Unternehmens möglich. Dadurch kann seine Finanzierung jedenfalls auf der Rechtfertigungsebene beihilfenrechtlich abgesichert werden.

Hinweis: Der „Freistellungsbeschluss“ findet keine Anwendung auf Ausgleichszahlungen im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) oder Schienenpersonennahverkehr (SPNV). Für den Bereich des Nahverkehrs kommt vielmehr die speziellere Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zur Anwendung.

³⁷ Vgl. Europ. Komm., Mitteilung vom 11. Januar 2012, ABl. EU C 8, Tz. 27.

b) Vorliegen einer DAWI und Beschränkung der Finanzierungsmaßnahme auf die DAWI

Das jeweils zu betrauende Unternehmen muss eine DAWI erbringen, mit der es betraut werden soll. Die vom Betrauungsakt umfasste Finanzierungsmaßnahme darf sich nur auf diese DAWI erstrecken. Die Einordnung einer Tätigkeit als DAWI (hierzu ausführlich oben unter **D.I.**) eröffnet nur die Möglichkeit der beihilfenrechtlichen Rechtfertigung des Ausgleichs der sich aus der Erbringung der DAWI ergebenden Kosten. Hingegen wäre ein pauschaler Ausgleich auch derjenigen Kosten, die Nicht-DAWI betreffen, grundsätzlich unzulässig.

Beispiel: Der Betreiber eines Spaß- und Freizeitbades in der Stadt B erklärt sich bereit, bestimmte Beckenzeiten für Schul- und Vereinsschwimmen bereitzustellen. Weil das Bad nicht kostendeckend betrieben werden kann, verlangt der Betreiber jedoch von der Stadt einen Ausgleich der ihm entstandenen Defizite.

Der Betrieb eines Spaß- und Freizeitbades kann nicht pauschal und insgesamt als DAWI angesehen werden, weil nicht alle dieser Tätigkeiten einem Gemeinwohlinteresse dienen und hierfür regelmäßig auch kein Marktversagen besteht. Demnach wäre ein pauschaler Defizitausgleich beihilfenrechtswidrig. Etwas anderes kann jedoch für die Bereitstellung bestimmter Beckenzeiten für Schul- und Vereinsschwimmen bestehen. Diese Tätigkeiten kommen grundsätzlich der Allgemeinheit zugute und werden mangels Rentabilität typischerweise nicht ohne Eingreifen des Staates von Unternehmen, die im eigenen wirtschaftlichen Interesse handeln, erbracht. Ein Ausgleich der hierbei entstehenden Kosten ist daher auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses grundsätzlich zulässig.

Hinweis: Nicht nur defizitäre Unternehmen unterliegen den beihilfenrechtlichen Vorschriften und müssen rechtlich überprüft werden. Auch kommunale Unternehmen der Daseinsvorsorge, die kostendeckend arbeiten oder sogar Gewinne erwirtschaften, erhalten häufig „Zuwendungen“ in unterschiedlichen Formen (Bürgschaften, Befreiungen von Gebühren, Abgaben und sonstigen Betriebskosten), die sich wirtschaftlich begünstigend auf diese Unternehmen auswirken. Auch insoweit sind die Anforderungen des Freistellungsbeschlusses uneingeschränkt zu beachten.

Allein aus dem Bestehen eines Betrauungsakts folgt nicht zwangsläufig, dass es sich bei den betreffenden Tätigkeiten um DAWI handelt. In jüngerer Zeit haben Wettbewerber von Unternehmen, die Ausgleichsleistungen ihrer kommunalen Träger/Gesellschafter erhalten, vermehrt darauf abgestellt, dass es trotz einer entsprechenden Betrauung bereits an einer DAWI fehlt und schon deshalb eine beihilfenrechtliche Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses nicht möglich

sei. Aus diesem Grund ist stets ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass es sich bei den Tätigkeiten, mit denen ein Unternehmen betraut werden soll, auch tatsächlich um DAWI handelt. Diese Tätigkeiten sind bei der Gestaltung des Betrauungsakts herauszuarbeiten und im Betrauungsakt von sonstigen Tätigkeiten, die keine DAWI sind, genau abzugrenzen.

c) Anforderungen an einen Betrauungsakt

Das Unternehmen muss mit der Erbringung der betreffenden DAWI „**betraut**“ werden. Dies ist dann der Fall, wenn dem Unternehmen die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung vom Staat ausdrücklich, bestimmt und verbindlich auferlegt wird. Hierfür ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen.

Das Beihilfenrecht verlangt hierfür zwar keinen hoheitlichen, jedenfalls aber einen verbindlichen staatlichen Akt. Die Betrauung muss deshalb auch unmittelbar durch eine staatliche Stelle vorgenommen werden. Eine Betrauung durch ein öffentliches Unternehmen ist nicht möglich und wäre unwirksam.

Nach Art. 4 des Freistellungsbeschlusses muss ein Betrauungsakt **zwingend** folgende Aspekte regeln:

<p>Mindest-Inhalte eines Betrauungsakts:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) Gegenstand und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung; (b) das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet; (c) Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte; (d) Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen; (e) Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen und (f) Verweis auf den „Freistellungsbeschluss“.

Die Betrauung ist **auf maximal zehn Jahre zu befristen**. Eine Betrauung für einen längeren Zeitraum als zehn Jahre ist nach Art. 2 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses nur

zulässig, wenn eine erhebliche Investition seitens des Dienstleistungsempfängers erforderlich ist, die nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss.

Beispiel: Das Krankenhausgebäude der mit der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen betrauten K GmbH in der Stadt L entspricht nicht mehr den modernen Standards. Die Stadt L und die K GmbH planen daher die Errichtung eines Klinikneubaus auf einem der Grundstücke der Stadt. Die Investitionskosten belaufen sich auf rund EUR 90 Mio. Die Abschreibungsdauer für diese Investition beträgt mehr als 20 Jahre.

In diesem Fall muss die Betrauung nicht auf 10 Jahre befristet werden.

Praxis-Tipp: Die Befristung des Betrauungsakts auf zehn Jahre hat nicht zur Folge, dass eine erneute Betrauung desselben Unternehmens nach Ablauf des Zehn-Jahreszeitraums unzulässig wäre. Kann im Einzelfall eine Betrauung für einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren ex ante nicht hinreichend rechtssicher begründet werden, ist nach Ablauf des ersten Zehn-Jahres-Zeitraums eine erneute Betrauung für bis zu weitere zehn Jahre möglich.

Die Vorgaben in Art. 4 des Freistellungsbeschlusses sind nicht nur rein formale Regelungen, deren Nichteinhaltung ohne Rechtsfolgen bleibt. Vielmehr lebt die Notifizierungspflicht für Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI wieder auf, wenn der Betrauungsakt nicht sämtliche in Art. 4 des Freistellungsbeschlusses vorgeschriebenen Regelungen enthält (vgl. BGH, Urt. v. 24.03.2016, Az. I ZR 263/14, Rn. 82 – *Kreiskliniken Calw*).

aa) Erscheinungsformen von Betrauungsakten

Das EU-Beihilfenrecht gibt keine bestimmte Form oder besondere Gestaltung für den Betrauungsakt vor. Die Umsetzung der Betrauung richtet sich vielmehr nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats und den dort für staatliches Handeln vorgesehenen Regelungen.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission kommen folgende staatliche Maßnahmen als Betrauungsakte in Betracht:³⁸

³⁸ Vgl. Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen v. 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, Tz. 47.

- § Rechtsverordnungen und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung (insb. durch Gremienbeschluss des Gemeinderats oder Kreistags);
- § Gesetze, Verordnungen und Satzungen;
- § Konzessionsverträge und öffentliche Dienstleistungsaufträge;
- § Vereinbarungen zwischen der staatlichen Verwaltung und Unternehmen über die Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen;
- § Ministerielle Anweisungen.

In der kommunalen Praxis haben sich insbesondere die folgenden Formen von Betrauungsakten etabliert:

- § Gesellschaftsvertrag eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform in Verbindung mit einem Beschluss der Gesellschafterversammlung (sog. „Münchener Modell“);³⁹
- § Betrauung auf der Grundlage des „Muster-Betrauungsakts des Landkreistags Baden-Württemberg“;⁴⁰
- § Zuwendungsbescheid (sog. „NRW-Modell“).

Praxis-Tipp: Es gibt keine bestimmte Form eines Betrauungsakts, die auf sämtliche Fallkonstellationen „passt“. Welche Form für die jeweilige Ausgleichsleistung am besten geeignet ist, kann nur anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falls beurteilt werden.

bb) Bestimmung und Berechnung der Ausgleichsleistungen

Welche Arten von Ausgleichsleistungen auf der Grundlage eines Betrauungsakts im Einzelnen zulässig sind, wird in dem Freistellungsbeschluss nicht gesondert definiert. Nach der früheren „Freistellungsentscheidung“ der Europäischen Kommission (vgl. Art. 5

³⁹ Vgl. hierzu *Duschner/Lang-Hefferle/Scharpf*, BayVBl. 2010, 264 ff.

⁴⁰ Abgebildet als Muster-Betrauungsakt für Krankenhäuser nebst Erläuterungen im **Anhang** zu diesem Leitfaden.

Abs. 1 2. UA Satz 1)⁴¹ galten als Ausgleichszahlungen „alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile“. Diese Definition kann auch weiterhin zugrunde gelegt werden. In welcher Form solche Leistungen letztlich tatsächlich erfolgen, lässt der nun geltende Freistellungsbeschluss offen. Denkbar sind insoweit neben echten Ausgleichszahlungen zum Ausgleich eines konkreten Verlustes auch die Gewährung von Kapitaleinlagen oder die Übernahme von Bürgschaften.⁴²

Hinweis: Bei der Ausgestaltung des Betrauungsakts ist, neben der Berücksichtigung der beihilfenrechtlichen Anforderungen, dafür Sorge zu tragen, dass aus umsatzsteuerlicher Sicht ein „echter Zuschuss“ und kein steuerbarer Leistungsaustausch vorliegt. Besondere Sorgfalt ist deshalb auf die einzelnen Formulierungen zu legen.

Welche Ausgleichsleistungen im Einzelfall auch gewährt werden sollen – für alle gelten dieselben Anforderungen. Die Ausgleichsleistung darf nach Art. 5 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die **durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken** (*Verbot der Überkompensation*).

Die ausgleichsfähigen Nettokosten sind die Differenz zwischen den mit der Erbringung der DAWI verbundenen Kosten und den entsprechenden Einnahmen des Unternehmens.

Die im Rahmen der Ausgleichsleistungen berücksichtigungsfähigen Kosten umfassen nach Art. 5 Abs. 3 des Freistellungsbeschlusses alle in Verbindung mit der Erbringung der DAWI angefallenen Kosten. Entscheidend ist insoweit, dass nur diejenigen Kosten angesetzt werden dürfen, die tatsächlich den DAWI zurechenbar sind (s.o. unter **D.III.3.b**). Dazu gehören die unmittelbaren Kosten, die durch die Erbringung der DAWI angefallen sind, sowie ein angemessener Teil der Fixkosten für die DAWI und die sonstigen Tätigkeiten des Unternehmens. Die berücksichtigungsfähigen Kosten umfassen auch Investitionen, insbesondere Infrastrukturkosten, wenn sie für die Erbringung der DAWI erforderlich sind. Dies muss im Einzelfall geprüft werden. Übt das Unternehmen neben den DAWI auch andere Tätigkeiten aus, dürfen diese Kosten nicht in den Ausgleich einbezogen werden. Ist das betraute Unternehmen hingegen ausschließlich im

⁴¹ Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (2005/842/EG), ABl. L 312/67 vom 29.11.2005.

⁴² Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen der Bürgschaftsmittelung, vgl. hierzu unter **E.** dieses Leitfadens.

Bereich der Daseinsvorsorge tätig, können grundsätzlich die Gesamtkosten des Unternehmens angesetzt werden.

Von den so ermittelten Kosten sind die Einnahmen abzuziehen, die das betraute Unternehmen mit der Erbringung der DAWI erzielt. Der verbleibende Differenzbetrag darf grundsätzlich durch die öffentliche Hand ausgeglichen werden.

Praxis-Tipp: Im Gegensatz zu den Vorgaben des EuGH in der „Altmark Trans“-Entscheidung bietet der Freistellungsbeschluss der Europäischen Kommission damit den Vorteil, dass der Ausgleich der dem Unternehmen aus der Erbringung von DAWI **tatsächlich entstandenen Kosten** und nicht nur der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermöglicht wird. Der Freistellungsbeschluss ist damit nicht nur in der praktischen Anwendung leichter zu handhaben, sondern bietet auch die größere Rechtssicherheit als die Kriterien der „Altmark Trans“-Rechtsprechung.

Der Ausgleichsmechanismus sowie die Parameter für die Ermittlung bzw. Berechnung der Ausgleichsleistungen müssen zwingend in dem Betrauungsakt selbst konkret festgelegt werden. Diese Festlegung muss erfolgen, **bevor** die Ausgleichsleistungen tatsächlich gewährt werden sollen. Dies bedeutet, dass im Vorfeld Klarheit darüber bestehen muss, für welche DAWI-Verpflichtungen ein Kostenausgleich auf der Grundlage welcher Parameter und in welcher Form (beispielsweise Gewährung eines Entgelts, Zuschusses, Abgabenbefreiung, Übernahme von Betriebskosten, Personalgestellung, Überlassung von Sachmitteln) gewährt wird.

Hinweis: Ein nachträglicher Ausgleich der Verluste eines mit DAWI betrauten Unternehmens ohne vorherige Festlegung der Ausgleichsparameter ist unzulässig, auch wenn die Ausgleichsleistungen an sich – materiell-rechtlich – zulässig gewesen wären.

cc) Vermeidung und Kontrolle einer Überkompensation

Weiter ist zu beachten, dass durch die Ausgleichsleistungen **keine Überkompensation** entstehen darf, d.h. das betraute Unternehmen darf keinen Ausgleich erhalten, der über die nach Art. 5 des Freistellungsbeschlusses ermittelten Kosten hinausgeht. Deshalb sind in dem Betrauungsakt Regelungen zur Vermeidung einer solchen Überkompensation sowie zur Rückforderung der geleisteten Ausgleichsleistungen vorzusehen, falls das Unternehmen höhere Einnahmen erzielt oder geringere Fehlbeträge anfallen. Die Einzelheiten hängen von der jeweiligen Form des Betrauungsakts ab. Alternativ kann der Betrauungsakt bei geänderten Umständen auch aktualisiert werden, wenn einzelne Kostenparameter geändert werden müssen.

Praxis-Tipp: Eine gewisse Flexibilität erlaubt der Freistellungsbeschluss, wenn sich die Überkompensation unterhalb der Schwelle von 10 % der durchschnittlichen jährlichen Ausgleichsleistung bewegt. In diesem Fall können die in dem betreffenden Zeitraum zu viel gezahlten Ausgleichsleistungen auf den nächsten Zeitraum übertragen und von den für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleichsleistungen abgezogen werden.

dd) Verpflichtung zur Trennungsrechnung

Soweit ein mit der Erbringung einer DAWI betrautes Unternehmen auch noch andere wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, die keine DAWI sind, muss für eine belastbare Kostenzuordnung für beide Tätigkeitsbereiche eine **getrennte Buchführung** für die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der **Erbringung der betreffenden DAWI einerseits** und der **Ausführung von sonstigen wirtschaftlichen Leistungen andererseits** eingerichtet werden.

In diesem Fall ist auch anzugeben, nach welchen Parametern die jeweilige Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Dies gilt insbesondere für die Gemeinkosten, wie etwa die Miete für ein Gebäude, in dem beide Tätigkeitsbereiche ansässig sind. In solchen Fällen ist besondere Sorgfalt auf eine plausibel nachvollziehbare Zuordnung der Kosten zu legen, da anderenfalls die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung zwischen den verschiedenen Bereichen besteht.⁴³

ee) Überwachungs- und Dokumentationspflichten

Die öffentlichen Stellen, die eine Betrauung aussprechen, müssen regelmäßig **Kontrollen** durchführen und dafür Sorge tragen, dass ein **Nachweis über die Verwendung der Mittel** geführt wird. Dies kann grundsätzlich durch den Jahresabschluss erfolgen. Zwingend ist eine Kontrolle mindestens alle drei Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums. Der jeweils gewählte Nachweis muss im Betrauungsakt klar festgelegt werden.

Um eine Kontrolle möglicher Überkompensationen auch in der Folgezeit sicherzustellen, müssen sämtliche Unterlagen, anhand derer sich feststellen lässt, ob die gewährten Ausgleichsleistungen mit den Bestimmungen des Freistellungsbeschlusses vereinbar sind, während des Betrauungszeitraums und für einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren ab Ende des Betrauungszeitraums aufbewahrt und verfügbar gehalten werden.

Soweit einem Unternehmen jährliche Ausgleichsleistungen von mehr als EUR 15 Mio. gewährt werden und dieses Unternehmen neben der DAWI noch weitere Tätigkeiten

⁴³ Vgl. die Vorgaben in Art. 5 Abs. 9 des "Freistellungsbeschlusses".

ausüben, bestehen besondere Veröffentlichungspflichten (vgl. Art. 7 des „Freistellungsbeschlusses“).

ee) **Zuständigkeitsfragen**

Das EU-Beihilfenrecht enthält keine Regelungen dazu, welche nationalen Stellen für den Erlass eines Betrauungsakts zuständig sind. Die Zuständigkeit richtet sich daher nach dem **nationalen Recht**. Zuständig sind damit auch Landkreise und Städte bzw. Gemeinden, sofern im deutschen Recht keine Regelungen entgegenstehen.

Organisationsrechtlich handelt es sich bei dem Erlass eines Betrauungsakts typischerweise nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung. Daher bedarf es in aller Regel eines **Gremienbeschlusses** durch den Kreistag oder den Gemeinderat.

4. **Notifizierung und Genehmigung von Finanzierungsmaßnahmen für DAWI nach dem Unionsrahmen für Ausgleichsleistungen für DAWI**

Sollte keine Befreiung von der Notifizierungspflicht einer Beihilfe nach dem Freistellungsbeschluss in Betracht kommen, unterliegen auch Finanzierungsmaßnahmen für DAWI der Notifizierungspflicht zur Europäischen Kommission. Ausnahmen im Notifizierungsverfahren bestehen grundsätzlich nicht. Allerdings hat die Europäische Kommission ihren Prüfmaßstab für notifizierte Beihilfen für DAWI im „**Unionsrahmen für Ausgleichsleistungen für DAWI**“⁴⁴ festgehalten und kann davon aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung auch nicht abweichen. Die Europäische Kommission prüft in diesem Fall insbesondere, inwieweit ein Bedarf der Allgemeinheit an der konkreten Dienstleistung besteht und in welchem Umfang es sich um eine DAWI handelt.

Praxis-Tipp: Aufgrund der langen Verfahrensdauer eines Notifizierungsverfahrens und des erheblichen Aufwands, der mit einem solchen Verfahren verbunden ist, sollte in der kommunalen Praxis nach Möglichkeit versucht werden, durch andere rechtlich zulässige Gestaltungsformen eine Notifizierung zu vermeiden. Dem Unionsrahmen kommt daher in der kommunalen Praxis grundsätzlich nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

⁴⁴ Europ. Komm., Mitteilung vom 11.01.2012, 2012/C 8/03, ABl. EU C 8, S. 15.

D. Freistellung auf Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung

Die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 651/2014 benennt typische Fallgruppen von Beihilfen, die mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Beihilfen, die die Voraussetzungen der AGVO erfüllen, gelten grundsätzlich als genehmigt und sind daher von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung zur Europäischen Kommission ausgenommen. Zweck der AGVO ist eine Harmonisierung der Beihilfenpraxis sowie die Reduzierung des Verwaltungsaufwands für die beihilfengewährenden Stellen, die Beihilfenempfänger und die Kommission. Zudem soll die AGVO die Rechtssicherheit für Beihilfengeber und Beihilfenempfänger erhöhen.

Für die kommunale Praxis sind vor allem die Möglichkeiten zur Freistellung der Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen relevant. So können insbesondere Maßnahmen zur Förderung von Kultur-, Sport- oder Multifunktionsinfrastrukturen und allgemein von lokaler Infrastruktur auf Grundlage der AGVO freigestellt sein.

Die AGVO greift erst auf der Freistellungs- bzw. Rechtfertigungsebene ein und kommt somit nur zur Anwendung, wenn die betreffende Maßnahme alle Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe erfüllt (vgl. das obenstehende Prüfungsschema in **A.IV.**).

Praxis-Tipp: Ob eine bestimmte Maßnahme alle Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots erfüllt, lässt sich in vielen Fällen nicht mit letzter Gewissheit sagen. In solchen Zweifelsfällen kann es sich anbieten, die betreffende Maßnahme vorsorglich so auszugestalten, dass sie die Anforderungen der AGVO erfüllt. Selbst wenn die Maßnahme dann letztlich den Tatbestand einer Beihilfe erfüllen sollte, wäre sie aufgrund der Freistellung nach der AGVO beihilfenrechtlich grundsätzlich zulässig.

I. Überblick und Regelungsmechanismus

Die AGVO enthält allgemeine Voraussetzungen, die für sämtliche Beihilfen gelten, die für eine Freistellung nach der AGVO in Betracht kommen (Kapitel I und II) sowie spezifische Freistellungsbedingungen für die einzelnen Tatbestände bzw. Gruppen von Beihilfen (Kapitel III). Nur wenn eine staatliche Fördermaßnahme alle allgemeinen Voraussetzungen sowie die Voraussetzungen des für sie einschlägigen spezifischen Freistellungstatbestands erfüllt, gilt sie als mit dem Binnenmarkt vereinbar und ist von der Anmeldepflicht in Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt. In diesem Fall ist sie als beihilfenrechtlich zulässig anzusehen und kann ohne weiteres gewährt werden.

Die AGVO gilt für folgende Gruppen von Beihilfen:

- § Regionalbeihilfen;
- § Beihilfen für KMU in Form von Investitionsbeihilfen, Betriebsbeihilfen und Beihilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen;
- § Umweltschutzbeihilfen;
- § Beihilfen für Forschung und Entwicklung und Innovation;
- § Ausbildungsbeihilfen;
- § Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit Behinderungen;
- § Beihilfen zur Bewältigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen;
- § Sozialbeihilfen für die Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete;
- § Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen;
- § Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes;
- § Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen;
- § Beihilfen für lokale Infrastrukturen;
- § Beihilfen für Regionalflughäfen sowie für See- und Binnenhäfen.

II. Die allgemeinen Gruppenfreistellungsvoraussetzungen

1. Nichtüberschreiten der spezifischen Schwellenwerte, Art. 4 AGVO

Die AGVO legt in Art. 4 für jeden spezifischen Freistellungstatbestand bzw. für jede Gruppe von Beihilfen konkrete Höchstbeträge fest, bei deren Überschreiten die betreffende Finanzierungsmaßnahme nicht mehr freistellungsfähig ist. Diese Schwellenwerte dürfen auch nicht durch eine künstliche Aufspaltung der Maßnahme in mehrere Vorhaben umgangen werden.

Praxis-Tipp: Wurde ein Freistellungstatbestand identifiziert, der auf eine geplante Maßnahme grundsätzlich Anwendung findet, ist zuerst zu prüfen, ob der vorgesehene Förderbetrag innerhalb der Schwellenwerte des Art. 4 AGVO liegt. Ist das nicht der Fall, scheidet eine Freistellung nach der AGVO von vornherein aus.

2. Transparenz der Beihilfe, Art. 5 AGVO

Die AGVO gilt – ähnlich wie die allgemeine bzw. die DAWI-De-minimis-VO – nur für transparente Beihilfen, d.h. für Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent sich im Voraus genau berechnen lässt, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist.

3. Anreizeffekt, Art. 6 AGVO

Eine Freistellung auf der Grundlage der AGVO kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die fragliche Maßnahme einen sog. Anreizeffekt hat. Das ist dann der Fall, wenn der Beihilfenempfänger vor Beginn der Arbeiten für das zu fördernde Vorhaben oder die zu fördernde Tätigkeit einen schriftlichen Beihilfenantrag mit gestellt hat. Dieser Antrag muss mindestens die folgenden Angaben enthalten:

Mindestangaben des Antrags nach Art. 6 AGVO

- § Name und Größe des Unternehmens,
- § Beschreibung des Vorhabens mit Angabe des Beginns und des Abschlusses,
- § Standort des Vorhabens,
- § die Kosten des Vorhabens und
- § Art der Beihilfe (z. B. Zuschuss, Kredit, Garantie, rückzahlbarer Vorschuss oder Kapitalzuführung) und Höhe der für das Vorhaben benötigten öffentlichen Finanzierung.

4. Veröffentlichung und Information, Art. 9 AGVO

Es muss sichergestellt werden, dass bestimmte Informationen über die freizustellende Maßnahme im Internet veröffentlicht werden. Dazu gehören insbesondere eine Kurzbeschreibung sowie der volle Wortlaut der Maßnahme. Bei Einzelbeihilfen mit einem Wert von mehr als EUR 500.000 muss u.a. auch der Name des Beihilfenempfängers und der Beihilfebetrag veröffentlicht werden, Art. 9 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Anhang III AGVO.

III. Die wichtigsten Gruppenfreistellungstatbestände für die kommunale Praxis

1. Beihilfen für die Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes, Art. 53 AGVO

Der Begriff der Kultur wird in der AGVO und auch in Art. 167 AEUV nicht definiert. Art. 53 Abs. 2 AGVO enthält jedoch eine ganze Reihe an „kulturellen Zwecken und Aktivitäten“, für die Beihilfen gewährt werden können. Dazu gehören unter anderem Museen, Bibliotheken, Kunst- und Kulturzentren oder -stätten, Theater, Konzerthäuser und sonstige Einrichtungen für Live-Aufführungen aber auch allgemein kulturelle Aktivitäten wie Veranstaltungen, Aufführungen, Festivals oder Ausstellungen.

Praxis-Tipp: Häufig erfüllen Fördermaßnahmen im Kulturbereich bereits nicht den Tatbestand des Beihilfenverbots, weil der Empfänger keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausübt (s.o. **B.I.1.**). Eine Freistellung nach Art. 53 AGVO wäre in diesen Fällen nicht erforderlich. Gerade in Zweifelsfällen, in denen unklar ist, ob es sich bei den zu fördernden kulturellen Aktivitäten tatsächlich um nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten handelt, kann eine Freistellung eine größere Rechtssicherheit bieten.

Kulturbeihilfen können in Form von Investitions- oder Betriebsbeihilfen gewährt werden. Für Investitionsbeihilfen gilt gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. z) AGVO eine Anmeldeschwelle von 100 Mio. EUR pro Projekt; für Betriebsbeihilfen gilt eine Grenze von 50 Mio. EUR pro Unternehmen und Jahr. Beihilfen, die über diesen Betrag hinausgehen, sind nicht freigestellt und müssen bei der EU-Kommission notifiziert werden.

Im Rahmen von Investitionsbeihilfen sind gemäß Art. 53 Abs. 4 AGVO unter anderem die Kosten für den Bau und die Modernisierung von Kulturinfrastruktur, den Erwerb, den Schutz oder die Restaurierung von kulturellem Erbe oder die Kosten von Kulturprojekten förderfähig. Der Betrag der gewährten Beihilfe darf insoweit jedoch nicht höher sein als die Differenz zwischen den Investitionskosten und dem prognostizierten Betriebsgewinn der Investition.

Bei Betriebsbeihilfen sind gemäß Art. 53 Abs. 5 AGVO insbesondere die laufenden Kosten der kulturellen Einrichtungen beihilfenfähig. Das gilt beispielsweise für die Kosten für fortlaufende oder regelmäßige Aktivitäten wie Ausstellungen, Aufführungen, Veranstaltungen im normalen Betrieb, aber auch für die Kosten für das Personal. Der Beihilfenbetrag darf hierbei jedoch nicht höher sein als der Betrag, der erforderlich ist, um Betriebsverluste und einen angemessenen Gewinn für den betreffenden Zeitraum zu decken.

2. Beihilfen für Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur, Art. 55 AGVO

Der Begriff der „Sportinfrastruktur“ wird in der AGVO nicht definiert. Typischerweise ist hierunter jedoch jegliche für Sportzwecke errichtete Infrastruktur zu verstehen, d.h. insbesondere Stadien, Sporthallen, Schwimmbäder, Tennisplätze, Volleyballfelder oder Kletteranlagen. Der Begriff „multifunktionale Freizeitinfrastruktur“ umfasst gemäß Art. 55 Abs. 3 AGVO Freizeiteinrichtungen mit multifunktionalem Charakter, die insbesondere Kultur- und Freizeitdienstleistungen anbieten. Ausdrücklich ausgeschlossen sind insoweit jedoch Freizeitparks und Hotels. Um als multifunktional angesehen werden zu können, muss die Infrastruktur für verschiedene öffentliche Veranstaltungen und Aktivitäten, insbesondere in den Bereichen Musik, Kultur und Sport, nutzbar sein.

Zugunsten von multifunktionalen Freizeitinfrastrukturen können Beihilfen gemäß Art. 55 Abs. 7 AGVO nur in Form von Investitionsbeihilfen gewährt werden, Betriebsbeihilfen sind hingegen unzulässig. Demgegenüber können Sportinfrastrukturen sowohl mit Investitions- als auch Betriebsbeihilfen gefördert werden.

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. bb) AGVO sind Investitionsbeihilfen bis zu einer Höhe von 15 Mio. Euro pro Vorhaben von der Notifizierung befreit. Zusätzlich gilt hier die Einschränkung, dass die Gesamtkosten des Vorhabens 50 Mio. Euro nicht überschreiten dürfen. Betriebsbeihilfen (nur für Sportinfrastrukturen) dürfen danach maximal 2 Mio. Euro pro Infrastruktur und Jahr betragen.

Bei Investitionsbeihilfen sind grundsätzlich alle Kosten der Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte förderfähig. Bei Betriebsbeihilfen zugunsten von Sportinfrastrukturen sind die Betriebskosten für die Erbringung der Dienstleistungen durch die Infrastruktur beihilfefähig. Hierzu zählen insbesondere Kosten wie Personal-, Material-, Fremdleistungs-, Kommunikations-, Energie-, Wartungs-, Miet- und Verwaltungskosten.

Der Beihilfebetrag darf bei Betriebsbeihilfen nicht höher sein als die Betriebsverluste und bei Investitionsbeihilfen nicht höher als die Differenz zwischen den beihilfenfähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition.

Die geförderten Einrichtungen müssen darüber hinaus mehreren Nutzern zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zur Verfügung stehen.

Werden Sportinfrastrukturen von Profisportvereinen genutzt, gelten die folgenden weiteren Vorgaben: Die Sportinfrastruktur darf nicht ausschließlich von einem einzigen Profisportnutzer genutzt werden. Es müssen jährlich mindestens 20 % der verfügbaren Nutzungszeiten auf die Nutzung durch andere Profi- oder Amateursportnutzer entfallen. Zudem müssen die Nutzungspreise und -bedingungen öffentlich bekannt gemacht werden.

3. Beihilfen für lokale Infrastrukturen, Art. 56 AGVO

Art. 56 AGVO stellt Beihilfen für den Bau oder die Modernisierung von lokalen Infrastrukturen vom Beihilfenverbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV frei. Nach der weiten Formulierung in Art. 56 Abs. 1 AGVO sind lokale Infrastrukturen definiert als „Infrastrukturen, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten“.

Eine lokale Infrastruktur zeichnet sich demnach neben einem Wirtschafts- bzw. Industrieförderungselement auch durch einen sozialen Aspekt aus, da die Infrastruktur grundsätzlich zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Verbraucher beitragen soll. Es ist daher zu prüfen, ob die zu fördernde Infrastruktur diese beiden Zielrichtungen verfolgt.

Typische Anwendungsfälle sind beispielsweise Investitionen in die Erschließung von Gewerbegebieten oder -zentren, Bildungszentren, touristischen Einrichtungen, Fahrradstationen, Auto-Ladestationen oder Parkflächen. Auch Investitionen in den Bau eines normalen Mietwohngebäudes sollen von Art. 56 AGVO erfasst sein.

Hinweis: Aufgrund der sehr weiten und wenig greifbaren Begriffsdefinition und mangels konkretisierender Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission oder der Gerichte ist die Einordnung einer Infrastruktur als lokale Infrastruktur i.S.v. Art. 56 AGVO grundsätzlich mit gewissen Unsicherheiten verbunden. Die Frage muss daher in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden.

Art. 56 AGVO ist darüber hinaus als Auffangtatbestand konzipiert: Fällt die fragliche Maßnahme bereits unter einen anderen Tatbestand der AGVO, kommt Art. 56 AGVO nicht zur Anwendung.

Beihilfen zugunsten lokaler Infrastrukturen können nur als Investitionsbeihilfen gewährt werden und sind bis zu einer Höhe von EUR 10 Mio. freigestellt. Zudem dürfen die Gesamtkosten der Infrastruktur nicht über EUR 20 Mio. liegen, Art. 4 lit. cc) AGVO. In diesem Rahmen sind grundsätzlich die gesamten Kosten der Investition, abzüglich des erwarteten Betriebsgewinns der Investition, förderfähig.

Eine Freistellung setzt nach Art. 56 Abs. 3 AGVO weiter voraus, dass die Infrastruktur interessierten Nutzern zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zur Verfügung gestellt wird und der für die Nutzung in Rechnung gestellte Preis dem Marktpreis entspricht. Nach der Auffassung der Europäischen Kommission kann der

Marktpreis insbesondere durch Benchmarking, d.h. einen Vergleich mit den Nutzungsbedingungen und –preisen bei vergleichbaren, beihilfefreien Infrastrukturen, ermittelt werden.

Soll die Infrastruktur von Dritten betrieben werden, muss der entsprechende Auftrag bzw. die Konzession zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen und unter Einhaltung der geltenden Vergabevorschriften erfolgen, Art. 56 Abs. 4 AGVO.

Eine Freistellung ist gemäß Art. 56 Abs. 7 AGVO ausgeschlossen, wenn die Infrastruktur als sog. „gewidmete Infrastruktur“ anzusehen ist. Das ist nach Art. 2 Abs. 33 AGVO dann der Fall, wenn die Infrastruktur für im Voraus ermittelbare Unternehmen errichtet wird und auf deren Bedarf zugeschnitten ist. Entscheidend ist hierfür nicht, ob die Infrastruktur im rechtlichen Sinne gewidmet wurde, sondern ob sie tatsächlich so sehr auf eines oder mehrere Unternehmen zugeschnitten ist, dass ihre Nutzung durch andere von vornherein nicht vorgesehen ist.

Checkliste für eine Freistellung nach Art. 56 AGVO

1. Es handelt sich um eine lokale Infrastruktur mit wirtschafts- und verbraucherfördernden Elementen.
2. Die Infrastruktur ist nicht von vornherein auf ein oder mehrere bestimmte Unternehmen zugeschnitten.
3. Die Infrastruktur fällt nicht unter einen anderen Freistellungstatbestand.
4. Die Infrastruktur wird den Nutzern zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen sowie zum Marktpreis zur Verfügung gestellt.
5. Die Gesamtkosten des Vorhabens liegen nicht höher als EUR 20 Mio. und der Förderbetrag – abzüglich des erwarteten Betriebsgewinns – beträgt nicht mehr als EUR 10 Mio.
6. Im Fall des Betriebs durch einen Dritten: Vergabe des Auftrags in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren.

E. Die Übernahme von Bürgschaften

I. Allgemeine Grundsätze

Übernimmt eine Kommune gegenüber einer Bank eine Bürgschaft zur Absicherung eines Darlehens, das ein privates oder kommunales Unternehmen bei dieser Bank aufgenommen hat (um Kommunalkredit-Konditionen oder zumindest kommunalkredit-ähnliche Konditionen zu erhalten), kann eine solche Bürgschaftsübernahme den Beihilfenatbestand erfüllen. In der beihilfenrechtlichen Terminologie ist dabei von „*Garantien*“ die Rede. Dieser Begriff erfasst sowohl Haftungsverpflichtungen als auch Bürgschaften.

Die begünstigende Wirkung einer staatlichen Garantie ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Eine kommunale Bürgschaft versetzt das Unternehmen in die Lage, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditionen aufzunehmen, als diese normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar sind, insbesondere zu niedrigeren Zinssätzen oder gegen geringere Sicherheitsleistungen. Möglicherweise würde der Kreditnehmer ohne die kommunale Bürgschaft überhaupt kein Kreditinstitut finden.

Bürgschaften, die von staatlichen Stellen übernommen werden, bieten den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Die Übernahme dieser Risikoträgerfunktion wird üblicherweise im Rechtsverkehr zwischen Privaten durch die Zahlung einer angemessenen Prämie vergütet. Verzichtet eine Kommune auf eine solche Prämie, so stellt dies einen Vorteil für das Unternehmen dar.

Im Einzelfall kann fraglich sein, wer im Fall der Übernahme einer Bürgschaft überhaupt der hierdurch Begünstigte ist: In der Regel ist dies der Kreditnehmer, d.h. das Unternehmen. In Ausnahmefällen ist es aber auch denkbar, dass der Kreditgeber, d.h. die finanzierende Bank, Begünstigter einer Bürgschaft ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nachträglich eine staatliche Bürgschaft übernommen wird, ohne dass die bislang vereinbarten Konditionen zwischen der Bank und dem Kreditnehmer zu verändern. In diesem Fall wird die Bank begünstigt, da sie eine zusätzliche Sicherheit erhält, ohne diese bei der Bemessung der Darlehenskonditionen berücksichtigen zu müssen.⁴⁵

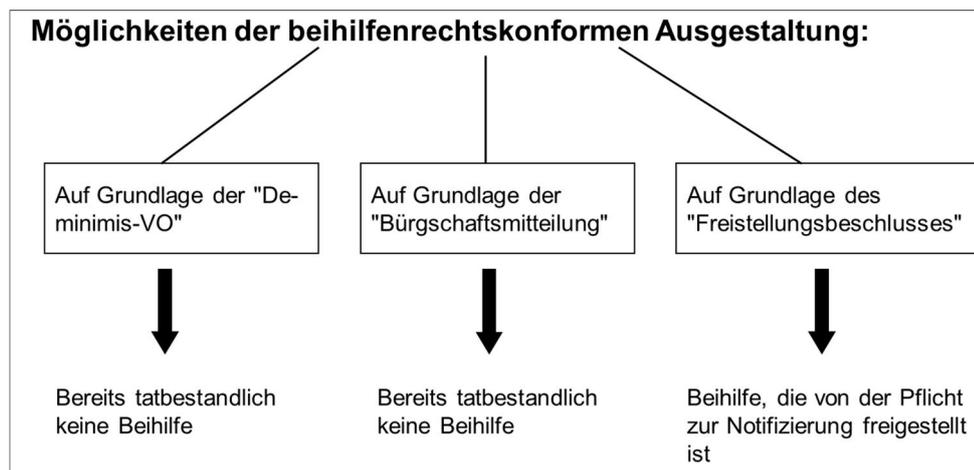
Praxis-Tipp: Beihilfenrechtlich ist zu beachten, dass Bürgschaften und andere Sicherungsmittel nicht erst im „Bürgschaftsfall“ (d.h. im Fall der Inanspruchnahme aus der

⁴⁵ Vgl. Europ. Komm., Bürgschaftsmittelung, Ziff. 2.2. und 2.3.

Bürgschaft), sondern bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft bzw. Garantie beihilfenrechtlich relevant werden. Deshalb ist es auch unerheblich, ob nach allgemeiner Lebenserfahrung damit zu rechnen ist, ob der „Bürgschaftsfall“ tatsächlich eintritt oder nicht. Für das Vorliegen einer Beihilfe genügt daher die bloße Abgabe einer Bürgschaftserklärung.

Die Übernahme von Bürgschaften durch staatliche Stellen zugunsten von privaten und kommunalen Unternehmen ist ein Mittel, für das in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein praktisches Bedürfnis besteht. Deshalb gibt es verschiedene beihilfenrechtliche Instrumentarien, um Bürgschaften beihilfenrechtskonform übernehmen zu können:

Die wesentlichen kommunalen Handlungsoptionen lassen sich wie folgt darstellen:



- Die sog. „Bürgschaftsmitteilung“ befasst sich mit der grundsätzlichen beihilfenrechtlichen Bewertung und Würdigung von staatlichen Garantien und enthält verschiedene Ansätze, wie Bürgschaften beihilfenrechtskonform ausgestaltet werden können.
- Die Übernahme von Bürgschaften ist auch dann beihilfenrechtlich zulässig, wenn die Vorgaben der De-minimis-Verordnung sowie der DAWI-De-minimis-Verordnung eingehalten werden.
- Die Übernahme einer Bürgschaft kann nach dem Freistellungsbeschluss auch als „Ausgleichsleistung“ für die Erbringung von DAWI auf der Grundlage eines Betrauungsakts – hier sogar grds. in unbegrenzter Höhe – zulässig sein.

In einzelnen Regelungen wird zwischen den Begriffen der „Einzelbürgschaft“ und der „Bürgschaftsregelung“ unterschieden. Diese Begriffe sind wie folgt zu definieren:

- *Einzelbürgschaften* sind Bürgschaften, die anlässlich eines konkreten Sachverhalts von einer öffentlichen Stelle zugunsten eines Unternehmens übernommen werden.
- *Bürgschaftsregelungen* sind abstrakte Regelungen, in denen allgemeine Voraussetzungen definiert werden, auf deren Grundlage dann Einzelbürgschaften für Unternehmen ohne nähere Durchführungsmaßnahmen übernommen werden können. Eine Bürgschaftsregelung muss somit Vorgaben enthalten, die es ohne weitere Maßnahmen ermöglichen, Bürgschaften für Unternehmen zu übernehmen, sofern bestimmte Voraussetzungen im Hinblick auf die Laufzeit und die Höhe der Garantie, die zugrundeliegende Transaktion und die Art oder die Größe des Unternehmens erfüllt sind. In der kommunalen Praxis können solche Regelungen etwa in Form einer Satzung o.ä. erlassen werden.

Für diese beiden Formen gelten in den verschiedenen beihilfenrechtlichen Rechtsgrundlagen teilweise unterschiedliche beihilfenrechtliche Vorgaben und Anforderungen, auf die wir im Folgenden jeweils kurz hinweisen.

II. Übernahme von Bürgschaften auf der Grundlage der Bürgschaftsmitteilung

1. Allgemeines

Die „Bürgschaftsmitteilung“ beruht auf dem Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Sie enthält die Grundsätze, bei deren Einhaltung die Europäische Kommission davon ausgeht, dass eine Garantie oder eine Garantieregelung den Marktbedingungen entspricht und dem Begünstigten damit keinen beihilfenrechtlich relevanten Vorteil verschafft. Wird eine Bürgschaft nach diesen Vorgaben ausgestaltet, liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor.

2. Anforderungen an die beihilfenrechtskonforme Übernahme von Einzelbürgschaften

Nach Ziff. 3.2. der „Bürgschaftsmitteilung“ ist im Falle einer Bürgschaftsübernahme das Vorliegen einer Beihilfe bei Erfüllung der nachfolgenden – kumulativ anzuwendenden – Voraussetzungen tatbestandlich zu verneinen, weil dem Kreditnehmer insoweit kein Vorteil verschafft wird.

Anforderungen an eine beihilfenrechtskonforme Übernahme von Einzelbürgschaften:

- (a) Der Kreditnehmer ist nicht in finanziellen Schwierigkeiten.
- (b) Der Umfang der Bürgschaft kann zum Zeitpunkt ihrer Übernahme ermittelt werden. Dies bedeutet, dass die Bürgschaft an eine bestimmte finanzielle Transaktion geknüpft, auf einen festen Höchstbetrag beschränkt und von begrenzter Laufzeit sein muss.
- (c) Die Bürgschaft deckt höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrags oder der sonstigen finanziellen Verpflichtungen ab.
- (d) Für die Bürgschaft wird ein marktübliches Entgelt gezahlt.

Insbesondere die Umsetzung der Kriterien lit. (c) und (d) ist in der Praxis häufig mit Schwierigkeiten verbunden.

a) Begrenzung der Bürgschaft auf 80 % des ausstehenden Kreditbetrags, lit. (c)

Die Begrenzung der Bürgschaft auf 80 % des abzusichernden Darlehens (lit (c)) dient dem Zweck, die Banken zu einer ordnungsgemäßen Risikobewertung anzuhalten. Die Kommission geht davon aus, dass es daran fehlt, wenn das fragliche Darlehen vollständig durch eine staatliche Bürgschaft gedeckt ist. Damit gewährleistet ist, dass der Kreditgeber (d.h. die Bank) tatsächlich einen Teil des Risikos trägt, müssen bei der Ausgestaltung der Bürgschaft deshalb zusätzlich die folgenden beiden Aspekte berücksichtigt werden:

- Wenn sich der Umfang des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung mit der Zeit verringert, weil beispielsweise mit der Rückzahlung des Kredits begonnen wird, muss der verbürgte Betrag entsprechend herabgesetzt werden, damit die Bürgschaft zu keinem Zeitpunkt mehr als 80 % des ausstehenden Kreditbetrags abdeckt.
- Verluste müssen anteilig in der gleichen Weise vom Kreditgeber und vom Bürgen getragen werden. Ebenso müssen Netto-Verwertungserlöse (d.h. Erlöse abzüglich der Bearbeitungskosten), die von der Verwertung von durch den Kreditnehmer gestellten Sicherheiten herrühren, anteilig zur Deckung der Verluste des Kreditgebers und des Bürgen verwendet werden.

Hinweis: Die Beschränkung auf 80 % gilt nicht für Bürgschaften zur Finanzierung von Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf die Erbringung einer einzigen DAWI beschränkt, mit der sie ordnungsgemäß betraut wurden. Die Garantie muss in diesem Fall von der Behörde gegeben werden, die den Auftrag erteilt, d.h. die Betrauung ausgesprochen hat. Die Beschränkung auf 80 % soll aber dann wieder zur Anwendung kommen, wenn das betreffende Unternehmen andere DAWI erbringt oder neben der Erbringung einer (einzigen) DAWI noch anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht. Aufgrund der vielen mit dieser Ausnahmeregelung verbundenen Unklarheiten ist deren praktische Bedeutung bislang gering geblieben.

b) Zahlung eines marktüblichen Entgelts, lit (d))

Für die Bürgschaft muss ein marktübliches Entgelt bezahlt werden (sog. „*Avalprovision*“). Das ist dann der Fall, wenn das Entgelt der als Vergleichsmaßstab dienenden marktüblichen Garantieprämie auf den Finanzmärkten entspricht. Die Marktüblichkeit der Avalprovision ist wie folgt zu ermitteln:

- Liegen Vergleichsangebote anderer, insbesondere privater Bürgen vor, ist die von diesen geforderte Avalprovision als marktüblich anzusehen und zugrunde zu legen.
- Können keine vergleichbaren Garantieprämien auf den Finanzmärkten als Vergleichsmaßstab gefunden werden, so muss ein Vergleich der gesamten Finanzierungskosten des garantierten Kredits einschließlich der Kreditzinsen und der Garantieprämie mit dem marktüblichen Entgelt für einen vergleichbaren nicht garantierten Kredit angestellt werden.

Dabei ist in beiden Fällen den Merkmalen der Garantie und des Kredits Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen sind etwa der Betrag und die Laufzeit der Transaktion, die vom Kreditnehmer gestellten Sicherheiten und andere sich auf die Bewertung der Einbringungsquote auswirkende Aspekte, die Ausfallwahrscheinlichkeit aufgrund der finanziellen Lage des Kreditnehmers, der Geschäftsbereich des Kreditnehmers, Prognosen und andere wirtschaftliche Faktoren. Mit diesen Merkmalen sollen sämtliche Risiken und Besonderheiten der Bürgschaftsübernahme und des zugrundeliegenden Darlehens im Einzelfall berücksichtigt und bewertet werden.

Es genügt insoweit nicht, die Avalprovision in Form eines einheitlichen Prozentsatzes festzulegen, für den geltend gemacht wird, dass er einem allgemeinen Branchenstandard entspricht.

Praxis-Tipp: Das früher in der kommunalen Praxis häufig verwandte „Standard-Aval“ in Höhe von 0,5 % gilt heute nicht mehr. Vielmehr empfiehlt sich, zumindest von mehreren Banken Vergleichsangebote für ein ungesichertes Darlehen und ein Darlehen unter Berücksichtigung einer kommunalen Bürgschaft einzuholen und auf dieser Grundlage eine entsprechende Avalprovision festzulegen. Die hierfür maßgeblichen Beweggründe sind entsprechend zu dokumentieren.

Einzelbürgschaften können auf der Grundlage der „Bürgschaftsmitteilung“ mit verhältnismäßig geringem Aufwand rechtssicher beihilfenrechtskonform übernommen werden. Diese Rechtssicherheit wird allerdings damit „bezahlt“, dass die sich aus den günstigeren Kreditkonditionen ergebenden Vorteile von dem begünstigten Unternehmen im Wege der Vereinnahmung der Avalprovision abgeschöpft werden müssen. Für das Unternehmen verbleibt deshalb in der Regel kein unmittelbarer Vorteil. Dies ist der Preis für das Verneinen einer Beihilfe mangels „Begünstigung“.

III. Übernahme von Bürgschaften als „De-minimis“-Beihilfen

1. Bürgschaften auf Grundlage der allgemeinen De-minimis-Verordnung

De-minimis-Beihilfen dürfen grundsätzlich nur gewährt werden, wenn es sich um transparente Beihilfen handelt, d.h. um Maßnahmen bei denen der Beihilfenwert bzw. das Bruttosubventionsäquivalent ohne weiteres erkennbar ist (s.o. **B.VI.2.**). Bürgschaften gelten grundsätzlich als intransparente Beihilfen, da hier das Bruttosubventionsäquivalent nicht ohne weiteres erkennbar ist. Die De-minimis-VO enthält für Bürgschaften jedoch bestimmte Voraussetzungen und Wertgrenzen, bei deren Einhaltung die Bürgschaft als „transparente“ Beihilfe gilt (sog. *safe harbour*).

Voraussetzungen einer *Safe harbour*-Bürgschaft gemäß Art. 4 Abs. 6 De-minimis-VO

- § Der Beihilfenbegünstigte befindet sich nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten,
- § die Bürgschaft bezieht sich auf einen Anteil von höchstens 80 % des zugrundeliegenden Darlehens und
- § die Bürgschaft weist bei einem abgesicherten Betrag von EUR 1,5 Mio. (brutto) eine Laufzeit von maximal fünf Jahren und bei einem abgesicherten Betrag von EUR 750.000 (brutto) eine Laufzeit von maximal zehn Jahren auf.

Das letzte Kriterium kann durch Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents auf der Grundlage von in einer Mitteilung der Europäischen Kommission festgelegten „safe harbour“-Prämien ersetzt werden (beispielsweise in der „Bürgschaftsmittteilung“ oder auf der Grundlage einer bei der Europäischen Kommission von einem Mitgliedstaat angemeldeten und von dieser genehmigten alternativen Berechnungsmethode). Die Europäische Kommission hat bislang drei solche Berechnungsmethoden für Deutschland gebilligt.⁴⁶

Hinweis: Bei den für Bürgschaften festgelegten Beträgen und Laufzeiten handelt es sich um Obergrenzen. Werden diese Werte eingehalten, wird auch der maximal zulässige Beihilfenbetrag i.H.v. EUR 200.000 (brutto) in drei Steuerjahren eingehalten.

2. Bürgschaften auf Grundlage der DAWI-De-minimis-VO

Wie die allgemeine De-minimis-VO enthält auch die DAWI-De-minimis-VO *safe harbour*-Voraussetzungen, bei deren Einhaltung die Bürgschaft als transparent angesehen wird. Bürgschaften zugunsten von Unternehmen, die DAWI erbringen können danach maximal einen Betrag von EUR 3.750.000 (brutto) absichern. Die Bürgschaft muss zudem auf 80 % des abzusichernden Darlehens beschränkt sein. Die Anwendung dieses Höchstwerts setzt allerdings voraus, dass die Bürgschaft auf der Grundlage einer „*Bürgschaftsregelung*“ gewährt wird.

Ohne eine solche Bürgschaftsregelung sind *Einzelbürgschaften* auf der Grundlage der DAWI-De-minimis-VO lediglich in Höhe von EUR 500.000 (brutto) möglich. Auch dabei gilt die Vorgabe der Beschränkung der Bürgschaft auf 80 % des abzusichernden Darlehensbetrags.

IV. Übernahme von Bürgschaften auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses

Die Übernahme von Bürgschaften zugunsten eines kommunalen Unternehmens, das mit der Erbringung von DAWI betraut wurde, ist schließlich auch auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses möglich. Die entsprechende Ausgleichsleistung der öffentlichen Hand wird in diesem Fall zwar nicht in Form tatsächlicher bzw. unmittelbarer Zahlungen an das betraute Unternehmen geleistet. Würde dieses Unternehmen jedoch ein unbesichertes Darlehen aufnehmen, wären die Finanzierungskosten des Unternehmens grundsätzlich höher, was wiederum zu höheren Verlusten führen würde. Das gilt auch

⁴⁶ Vgl. Staatliche Beihilfe N 197/2007 – Methode zur Berechnung der Beihilfenintensität von Bürgschaften für Darlehen zur Finanzierung von Investitionsausgaben; N 541/2007 – Ergänzung der deutschen Bürgschaftsmethode zur Ausweitung auf Bürgschaften für Betriebsmitteldarlehen; N 762/2007 – Methode zur Berechnung der Beihilfenintensität staatlicher Bürgschaften für Investitions- und Betriebsmitteldarlehen für Spezialfinanzierungen.

dann, wenn sich das Unternehmen eine Bürgschaft am Markt beschaffen würde. Diese Verluste dürften grundsätzlich auf der Grundlage der Betrauung von der öffentlichen ausgeglichen werden. Wenn aber bereits diese höheren Finanzierungskosten zulässigerweise ausgeglichen werden dürfen, folgt daraus im Umkehrschluss, dass es auch zulässig sein muss, diese Kosten von vornherein zu verringern, indem dem betrauten Unternehmen staatliche Sicherheiten gewährt werden.

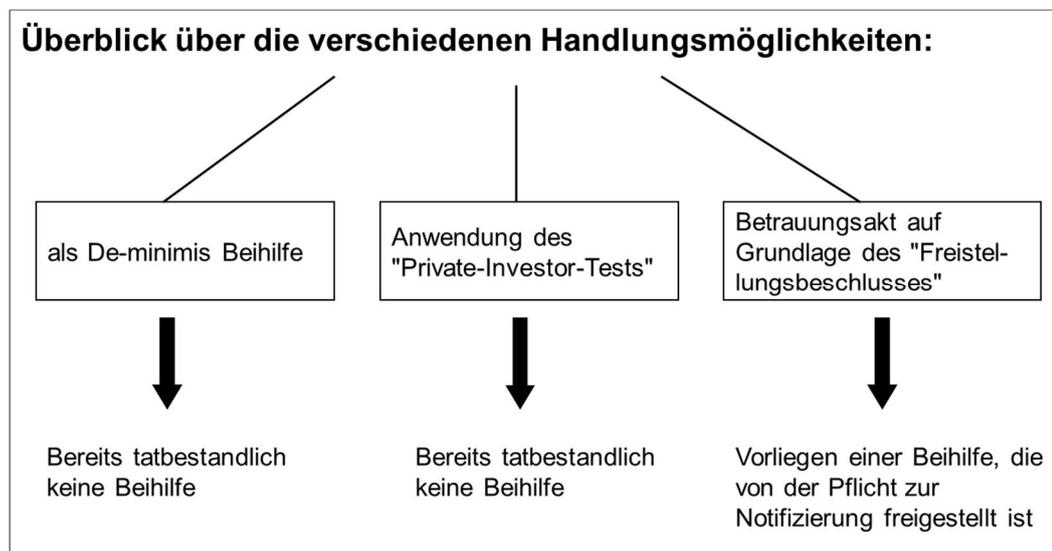
Hinweis: Da im Fall einer Bürgschaftsübernahme auf der Grundlage eines Betrauungsakts tatbestandlich eine Beihilfe vorliegt, die bei Einhaltung der Anforderungen des Freistellungsbeschlusses ohne Notifizierung zulässig ist, kommen die beschränkenden Vorgaben der Bürgschaftsmitteilung im Hinblick auf die maximale Absicherung von 80 % des zu übernehmenden Darlehens und die Verpflichtung zur Vereinnahmung einer Avalprovision in diesem Fall nicht zur Anwendung.

Darüber hinaus sind die allgemeinen Anforderungen an Betrauungsakte vollumfänglich einzuhalten, d.h. es sind insbesondere die Mindestinhalte gemäß Art. 4 des Freistellungsbeschlusses in dem Betrauungsakt abzubilden (hierzu oben **C.III.3.b**). Darüber hinaus empfiehlt es sich, die Übernahme von Bürgschaften als mögliche Ausgleichsleistung im Rahmen der Formulierung des Betrauungsakts mit abzubilden.

F. Gewährung von Darlehen und Kapitalzuführungen an kommunale Unternehmen

I. Gewährung von Darlehen

Staatliche Darlehen, die nicht den Marktbedingungen entsprechen, insbesondere weil sie zu niedrig verzinst sind, können grundsätzlich Beihilfen darstellen (hierzu oben **B.III.1.**). Zur beihilfenrechtskonformen Ausgestaltung von kommunalen Darlehen stehen grundsätzlich die nachfolgend dargestellten Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung:



1. Darlehensgewährung auf der Grundlage des „Private-Investor-Tests“

Mangels Begünstigung des Darlehensnehmers fehlt es bereits an einer tatbestandlichen Beihilfe, wenn sich die öffentliche Hand bei der Gewährung des Darlehens wie ein privater Wirtschaftsbeteiligter verhält. Insoweit ist zu prüfen, ob ein privater, marktwirtschaftlicher Kapitalgeber dem begünstigten Unternehmen ein Darlehen zu denselben Konditionen wie die öffentliche Hand zur Verfügung gestellt hätte (*Private Investor Test*).

Um eine Begünstigung des Darlehensnehmers auszuschließen, ist daher ein Vergleich zwischen dem tatsächlich vereinbarten Zinssatz und dem marktüblichen Zinssatz für ein vergleichbares Darlehen vorzunehmen. Zur Ermittlung des marktüblichen Zinses kann auf verschiedene Methoden zurückgegriffen werden. In Betracht kommt zunächst ein Benchmarking, d.h. eine Gegenüberstellung der Bedingungen vergleichbarer Transak-

tionen von vergleichbaren privaten Marktteilnehmern unter vergleichbaren Bedingungen. Es kann insoweit auch auf die Kreditkonditionen abgestellt werden, die das Unternehmen selbst für vergleichbare Darlehen erhalten hat. Der Darlehensnehmer kann im Vorfeld der Darlehensgewährung einen vergleichbaren Kredit auch bei privaten Kapitalgebern, insbesondere bei Banken anfragen. Der von einer oder mehreren Banken genannte Zinssatz kann grundsätzlich als marktüblich angesehen werden. Letztlich kann das Darlehen auch auf dem Markt ausgeschrieben werden.

Zu beachten ist, dass die Höhe des marktüblichen Zinssatzes von unterschiedlichen Faktoren abhängt, die alle im Rahmen des Private Investor Test zu berücksichtigen sind. Dazu zählen insbesondere die allgemeine wirtschaftliche Lage des Darlehensnehmers und die Sicherheiten, die für das Darlehen zur Verfügung stehen bzw. gewährt werden, aber auch die (gesellschaftsrechtliche) Beziehung in der der Darlehensgeber zum Darlehensnehmer steht.

Befindet sich der Darlehensnehmer in finanziellen Schwierigkeiten, würde ein Privater grundsätzlich höhere Zinsen verlangen. Ist die finanzielle Situation des Unternehmens so schlecht, dass ein Privater ihm gar kein Darlehen gegeben hätte, kann dessen Vorteil nicht nur in den möglicherweise besonders günstigen Darlehenskonditionen bestehen, sondern bereits in der Gewährung des Darlehens als solchem.

Hinsichtlich der Sicherheiten würde ein privater Kreditgeber typischerweise verlangen, dass die gewährten Sicherheiten so hoch bzw. so beschaffen sind, dass sie die Rückzahlung des Darlehens bei Zahlungsverzug in voller Höhe absichern. Fehlt es an entsprechenden Sicherheiten, wirkt sich das wiederum auf die Höhe des Zinssatzes aus.

Hält der Darlehensgeber zugleich Anteile an dem Darlehensnehmer, kann sich dies auf die Höhe der Zinsen auswirken, die ein privater Darlehensgeber in derselben Situation verlangen würde. In einer solchen Konstellation verfolgt der kreditgebende Anteilseigner ggf. langfristige Renditeziele, sodass auch niedrigere Zinsen, als sie ein fremder Kapitalgeber von dem Darlehensnehmer verlangen würde, als marktüblich anzusehen sein können.

Praxis-Tipp: Prüfen Sie die Marktüblichkeit des geplanten Zinssatzes im Vorfeld der Maßnahme und dokumentieren Sie sorgfältig, aufgrund welcher Umstände und Erwägungen Sie im Einzelfall zu dem Ergebnis gekommen sind, dass der für ein kommunales Darlehen vereinbarte Zinssatz als marktüblich anzusehen ist. Nachträglich angestellte Erwägungen zur Marktüblichkeit werden von der Europäischen Kommission nicht akzeptiert, weil auch ein Privater die Rentabilität des Darlehens im Vorfeld prüfen würde.

2. Darlehensgewährung auf der Grundlage der De-minimis-VO

Soweit die Darlehensbedingungen nicht marktüblich sind und damit ein beihilfenrechtlich relevanter Vorteil zu bejahen ist, kann die Gewährung eines Darlehens dennoch auf der Grundlage der De-minimis-VO beihilfenrechtlich zulässig sein.

Auch Darlehen dürfen grundsätzlich nur als De-minimis-Beihilfen gewährt werden, wenn es sich um transparente Beihilfen handelt, d.h. um Maßnahmen bei denen der Beihilfenwert bzw. das Bruttosubventionsäquivalent ohne weiteres erkennbar ist. Das ist bei Darlehen jedoch grundsätzlich nicht der Fall, sodass diese als intransparent gelten.

Ähnlich wie für Bürgschaften enthält die De-minimis-VO für die Gewährung von Darlehen nun einen sog. *safe harbour*. Danach gelten Darlehen als transparente De-minimis-Beihilfen, wenn sie die folgenden Voraussetzungen einhalten:

Voraussetzungen eines *Safe harbour*-Darlehens gemäß Art. 4 Abs. 3 De-minimis-VO

- § Der Darlehensnehmer befindet sich als Beihilfenbegünstigter nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten,
- § das Darlehen ist durch Sicherheiten unterlegt, die sich auf mindestens 50 % des Darlehensbetrags belaufen und
- § das Darlehen weist bei einem Betrag von EUR 1 Mio. (brutto) eine Laufzeit von maximal fünf Jahren oder bei einem Betrag von EUR 500.000 (brutto) eine Laufzeit von maximal zehn Jahren auf (vgl. Art. 4 Abs. 3 der De-minimis-VO).

Werden kommunale Darlehen diesen Vorgaben entsprechend ausgestaltet, halten sie grundsätzlich auch die für De-minimis-Beihilfen geltende Obergrenze von EUR 200.000 (brutto) ein.

Anders als für Bürgschaften enthält die DAWI-De-minimis-VO keinen *safe harbour* für Darlehen zugunsten von Unternehmen, die DAWI erbringen. Insoweit muss jeweils das Bruttosubventionsäquivalent des Darlehens im Einzelnen etwa anhand der Referenzzinsmethode berechnet werden (hierzu oben **B.VI.2.**) oder das Darlehen auf die allgemeine De-minimis-VO gestützt werden.

3. Darlehensgewährung auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses

Sofern die Schwellenwerte der De-minimis-VO überschritten sind, ist die Gewährung eines Darlehens an ein mit der Erbringung von DAWI betrautes Unternehmen zu nicht-marktüblichen Konditionen auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses möglich.

Insbesondere kann die Gewährung eines verbilligten Darlehens als Ausgleichsleistung im Sinne von Art. 5 des Freistellungsbeschlusses angesehen werden. Würde sich das betraute Unternehmen die fraglichen Finanzierungsmittel am Markt beschaffen, dürften die hierbei entstehenden Kosten grundsätzlich aufgrund der Betrauung ausgeglichen werden. Daraus folgt, dass es auch möglich sein muss, diese Kosten von vornherein zu senken, indem dem betrauten Unternehmen ein verbilligtes staatliches Darlehen zu gewähren.

Darüber hinaus sind die allgemeinen Anforderungen an Betrauungsakte vollumfänglich einzuhalten, d.h. es sind insbesondere die Mindestinhalte gemäß Art. 4 des Freistellungsbeschlusses in dem Betrauungsakt abzubilden (hierzu oben **C.III.3.b**)).

Praxis-Tipp: Die Möglichkeit, Ausgleichsleistungen in Form von Darlehen zu gewähren sollte sich bereits unmittelbar aus dem Betrauungsakt ergeben.

II. Kapitalzuführungen

Auch die Zuführung von Eigenkapital durch eine Kommune an ihre eigenen Unternehmen bzw. an Drittunternehmen kann beihilfenrechtlich unzulässig sein, wenn dem begünstigten Unternehmen hierdurch ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft wird.

Eine solche Kapitalzuführung stellt jedoch dann keine tatbestandliche Beihilfe dar und ist zulässig, wenn die Kommune sich hierbei wie ein vergleichbarer privater, marktwirtschaftlich handelnder Investor in derselben Situation verhalten hat. Es muss untersucht werden, ob das neue Kapital zu Konditionen bereitgestellt wird, die auch für einen privaten Kapitalgeber, der sein Geld unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen anlegt, annehmbar wären. Dabei kommt es typischerweise darauf an, ob im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung mit einer in Höhe, Bestand und Risikointensität ausreichenden Kapitalrendite zu rechnen war. Wenn ein grundsätzlich auf Gewinnerzielung ausgerichteter Privatinvestor in einer vergleichbaren Situation ebenfalls investiert hätte, kann von marktüblichen einem Austauschgeschäft, bestehend aus einer Kapitalleistung und einer adäquaten Gegenleistung, ausgegangen und eine Begünstigung verneint werden. Ist hingegen keine angemessene Kapitalrendite zu erwarten oder ist diese mit unverhältnismäßig hohen Risiken verbunden, liegt grundsätzlich eine Begünstigung nahe, weil ein Privatinvestor ein derartiges Geschäft typischerweise ablehnen würde.

Erforderlich ist insoweit eine ex-ante Prüfung anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls, die sorgfältig zu dokumentieren ist. Nachträglich vorgenommene wirtschaftliche Bewertungen werden von der Kommission nicht akzeptiert. Die Beweislast, dass eine Kapitalzuführung mit den Marktbedingungen übereinstimmt, trägt die beihilfengebende Stelle.

Praxis-Tipp: Bei der Bestimmung des Vergleichsmaßstabs, anhand dem die Wirtschaftlichkeit der Investition zu beurteilen ist, besteht ein gewisser Handlungsspielraum. Es muss im Rahmen des Private Investor Tests nicht zwangsläufig auf einen privaten Vergleichsinvestor abgestellt werden, der ausschließlich an einer kurzfristigen Rentabilisierung seines Kapitals interessiert ist. Je nach Lage des Falles kann insoweit auch auf einen Investor abgestellt werden, der sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten, strategischen Geschäftsplanungen oder auch Aspekten der Imagepflege leiten lässt. Insbesondere bei Kapitalzuführungen durch Kommunen an ihre eigenen kommunalen Unternehmen können solche Erwägungen von Bedeutung sein.

Die Bewertung der Marktüblichkeit der geplanten Transaktion kann anhand einer der anerkannten Standard-Bewertungsmethoden (s.o. **B.III.3.**) durchgeführt werden.

Ist das Vorliegen einer Begünstigung aufgrund eines negativen Private Investor Tests zu bejahen, kann die Kapitalzuführung dennoch auf der Grundlage der De-minimis-VO oder eines Betrauungsakts zulässig sein.

Soweit das Vorliegen einer Beihilfe auch nach dem Vergleich mit dem Verhalten eines hypothetischen privaten, marktwirtschaftlich handelnden Investors nicht zu verneinen ist, kommt eine Kapitalzuführung auf der Grundlage der De-minimis-VO in Betracht, wenn der Gesamtbetrag der zugeführten Mittel den „De-minimis“-Höchstbetrag i.H.v. EUR 200.000 (brutto) bzw. EUR 500.000 (brutto) (für den DAWI-Bereich) nicht übersteigt.

Kapitalzuführungen, die diesen Betrag übersteigen, können als Ausgleichsleistungen auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses an ein mit der Erbringung von DAWI betrautes Unternehmen gewährt werden. Es gelten insoweit dieselben Anforderungen wie im Rahmen der Darlehensgewährung (hierzu oben **F.I.3.**).

G. Kommunale Grundstücksgeschäfte

I. Allgemeines

Beihilfenrechtliche Fragestellungen entstehen bei kommunalen Grundstücksgeschäften vor allem in zwei Fallkonstellationen: Zum einen sind Beihilfen denkbar, wenn eine Kommune Grundstücke unterhalb des Marktpreis an Unternehmen verkauft. Zum anderen sind Beihilfen zu prüfen, wenn Gemeinden Grundstücke von Unternehmen zu überhöhten Preisen kaufen.

Die Europäische Kommission hat die wesentlichen Grundsätze, anhand derer sie Grundstücks- und Immobiliengeschäfte beihilfenrechtlich bewertet, in der Beihilfenmitteilung dargelegt. Die bis 2017 geltende Grundstücksmitteilung entfaltet keine rechtliche Wirkung mehr. Maßgeblich sind nunmehr die allgemeinen Maßstäbe des Market Economy Operator Test (hierzu oben **B.III.2.**), Danach liegt eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung des Käufers oder Verkäufers nur dann vor, wenn dieser das Grundstück zu Konditionen erwirbt, die von den marktüblichen Bedingungen abweichen. Entspricht hingegen der Kaufpreis, den die Kommune erhält bzw. den sie bezahlt, den Marktbedingungen, liegt keine Beihilfe vor. Diese Wertungen lassen sich auch auf andere grundstücksbezogene Geschäfte übertragen, beispielsweise wenn eine Kommune Gewerbeflächen an Unternehmen vermietet oder sie selbst Flächen anmietet.

Um die Marktüblichkeit eines Grundstücksgeschäfts prüfen und feststellen zu können, haben sich in der Praxis die folgenden beiden Methoden etabliert: Der Verkauf des Grundstücks im Wege eines Ausschreibungsverfahrens und die Einholung eines Wertgutachtens eines unabhängigen Sachverständigen vor dem fraglichen Geschäft.

II. Verkauf im Wege eines Bieterverfahrens

Das von der Europäischen Kommission präferierte Modell ist die Veräußerung von Immobilien mittels eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens, das mit den Vorschriften des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen im Einklang steht. Wenn der Zuschlag anschließend dem Bieter mit dem höchsten Gebot erteilt wird, könne davon ausgegangen werden, dass der Verkauf des Grundstücks den Marktbedingungen entspricht und damit bereits tatbestandlich keine Beihilfe darstellt.

Das Verfahren muss wettbewerblich sein, damit alle interessierten und qualifizierten Bieter teilnehmen können.

Damit das Verfahren als transparent angesehen werden kann, müssen alle interessierten Bieter in jeder Phase des Ausschreibungsverfahrens in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert sein. Zudem muss die Ausschreibung hinreichend bekannt gemacht werden, damit alle potenziellen Bieter davon Kenntnis erlangen können. Wie weit diese Bekanntmachung reichen muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine maßgebliche Rolle spielt dabei die Frage, inwieweit ein Grundstück aufgrund seines Wertes auch für überregional, europa- oder weltweit tätige Bieter von Interesse sein kann.

Praxis-Tipp: Das Beihilfenrecht schreibt keine bestimmte Form der Bekanntmachung vor, es können daher grundsätzlich alle denkbaren Kanäle gewählt werden. In Betracht kommt beispielsweise eine Veröffentlichung in der lokalen oder überregionalen Presse, in Immobilienanzeigern, im Internet und/oder über Makler, die für eine große Anzahl potenzieller Käufer tätig sind.

Sämtliche Bieter müssen in allen Phasen des Verfahrens diskriminierungsfrei behandelt werden. Ein diskriminierungsfreies Verfahren setzt zudem voraus, dass die Auswahl- und Zuschlagskriterien objektiv sind und den Bietern im Vorfeld mitgeteilt werden. Beim Verkauf von Grundstücken muss das maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers das höchste Angebot sein.

Ein Ausschreibungsverfahren ist dann bedingungslos, wenn grundsätzlich jeder Käufer branchenunabhängig das Objekt erwerben und für sich nutzen kann und darf. Einschränkungen im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen sind grundsätzlich zulässig. Es dürfen jedoch keine Vorgaben gemacht werden, dass der Käufer zugunsten der Kommune oder im allgemeinen öffentlichen Interesse besondere Verpflichtungen eingehen muss, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und die sich auch nicht aus dem Planungsrecht ergeben.

Bei Einhaltung dieser Prämissen stellt die Veräußerung des Objekts an den Meistbietenden grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert und damit keine Beihilfe dar. Die „Angemessenheit“ des Kaufpreises oder eine vorherige abweichende Bewertung des Objekts sind dabei irrelevant.

Wird auf die Ausschreibung hingegen nur ein einziges Angebot abgegeben, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass durch die Ausschreibung der Marktpreis ermittelt wurde und ein Verkauf zu diesem Preis beihilfenrechtlich zulässig ist. In diesem Fall müssen zusätzliche Maßnahmen, wie insbesondere eine gutachterliche Bewertung des Grundstücks, ergriffen werden, um sicherzustellen, dass das Ergebnis der Ausschreibung dem Marktpreis entspricht.

Hinweis: Dokumentieren Sie sorgfältig den Ablauf und die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens sowie die Hintergründe zu dessen Ausgestaltung. Wird ein Grundstücksverkauf später beanstandet, ist grundsätzlich die verkaufende Stelle verpflichtet, den Nachweis zu führen, dass die oben genannten Kriterien für das Ausschreibungsverfahren eingehalten wurden.

III. Verkauf ohne Bieterverfahren

Soll eine Immobilie ohne Ausschreibungsverfahren verkauft werden, so kann der Marktwert mittels eines vor der Veräußerung eingeholten Wertgutachtens durch (einen) unabhängige(n) Sachverständige(n) auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards ermittelt werden. Der Marktwert entspricht dabei dem hypothetischen Preis, der zum Bewertungszeitpunkt zu erwarten wäre, wenn das Grundstück offen am Markt angeboten würde, die Marktverhältnisse einer ordnungsgemäßen Veräußerung nicht im Wege stehen und eine der Bedeutung des Objekts angemessene Verhandlungszeit zur Verfügung steht.

Der auf diese Weise festgestellte Marktwert ist der *Mindestkaufpreis*, der vereinbart werden kann, ohne dass eine staatliche Beihilfe gewährt würde. Im Hinblick auf die Anforderung der Ermittlung des Marktwerts durch unabhängige Sachverständige sind die Gutachterausschüsse nach §§ 192, 193 BauGB als Sachverständige in diesem Sinne anerkannt worden. Die Vergleichswert-, Ertragswert- und Sachwertverfahren nach § 194 BauGB zur Ermittlung des Verkehrswerts sind bislang als allgemein anerkannte Marktindikatoren und Bewertungsstandards akzeptiert worden, auch wenn teilweise Einzelheiten, beispielsweise die Zugrundelegung von geeigneten Bodenrichtwerten im Vergleichswertverfahren, kritisiert werden.

Hinweis: Im Falle einer Veräußerung ohne Bieterverfahren ist zwingend zu beachten, dass das Wertgutachten vor dem Verkauf des jeweiligen Grundstücks vorliegt. Im Falle eines Aufgreifens des Sachverhalts durch die Europäische Kommission reicht eine nachträgliche Gutachtenerstellung, welche den angesetzten Verkaufspreis bestätigt, nicht (mehr) aus.

H. Finanzierung kommunaler Infrastruktur

Kernaufgabe jeder Kommune ist die Bereitstellung von Infrastruktur für Ihre Einwohner, seien dies Veranstaltungshallen, Sportanlagen, Schwimmbäder oder auch öffentliche Straßen. Früher wurde die Errichtung und der Betrieb solcher Infrastrukturen durch den Staat als wirtschaftlich neutrale, allgemeine wirtschafts- oder gesellschaftspolitische Maßnahmen betrachtet. Man ging davon aus, dass insoweit keine wirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorlagen, weshalb staatliche Finanzierungsmaßnahmen nicht der Kontrolle durch das Beihilfenrecht unterlagen.

Diese pauschale Einordnung von Infrastrukturmaßnahmen der öffentlichen Hand als nicht wirtschaftlich gilt heute nicht mehr. In ihrer Entscheidungspraxis stellen die Europäische Kommission und die Gerichte mittlerweile darauf ab, wie die fragliche Infrastruktur später genutzt wird. Wird die Infrastruktur für wirtschaftliche Tätigkeiten genutzt, sind auch staatliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der Errichtung der Infrastruktur als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen, die der vollen Kontrolle des EU-Beihilfenrechts unterliegen.

Ungeachtet dieses strengeren Maßstabs bei der beihilfenrechtlichen Kontrolle auch kommunaler Infrastrukturmaßnahmen, besteht in vielen Fällen weiterhin ein Bedürfnis nach einem staatlichen Eingreifen, da andernfalls Investitionen im Infrastrukturbereich unterbleiben.

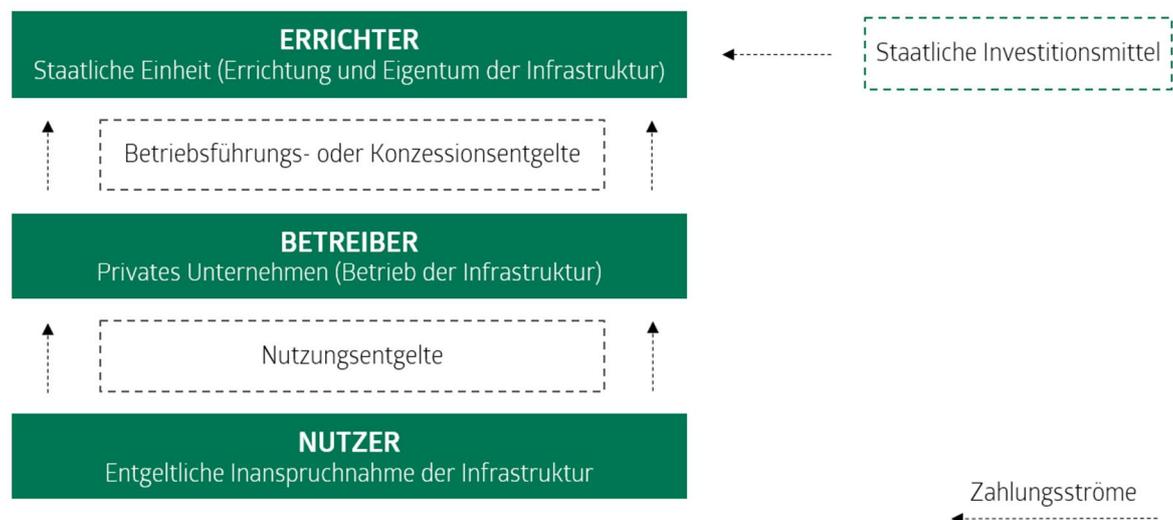
Um dieses Spannungsverhältnis zwischen praktischer Notwendigkeit der staatlichen Förderung und den beihilfenrechtlichen Grenzen aufzulösen, haben sich in der Praxis unterschiedliche Vorgehensweisen und Handlungsoptionen entwickelt, um die beihilfenrechtliche Zulässigkeit staatlicher Maßnahmen zu begründen.

I. Die drei Ebenen der Infrastrukturförderung

Ab einer bestimmten Größe werden Infrastrukturen typischerweise in einer mehrstufigen Organisation errichtet und betrieben, mit unterschiedlichen Beteiligten auf den jeweiligen Ebenen. Etwaige staatliche Beihilfen können der Förderung des Baus (einschließlich Ausbau oder Verbesserung), des Betriebs oder der Nutzung der Infrastruktur dienen. Die Kommission prüft staatliche Beihilfen auf den folgenden drei Ebenen.

- **Errichter/Eigentümer/Träger**
- **Betreiber**
- **Endnutzer**

Regelmäßig tritt der Staat oder eine dem Staat zuzurechnende Einheit als Errichter bzw. Eigentümer der Infrastruktur auf. Der Betrieb erfolgt dann oftmals durch private oder staatliche Unternehmen, die die Infrastruktur – ggf. im Auftrag des Trägers – nutzen, um Dienstleistungen zu erbringen. Auch der Eigentümer selbst kann als Betreiber auftreten, wenn er die Betriebsleistungen selbst erbringt. Die Endnutzer sind Unternehmen oder Privatpersonen, die die Infrastruktur bzw. die Dienstleistungen des Betreibers gegen die Zahlung von Nutzungsentgelten in Anspruch nehmen. Die typischen Strukturen lassen sich dem nachfolgenden Schaubild entnehmen:



II. Ausschluss von tatbestandlichen Beihilfen

1. Errichterebene

a) Wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten

Die Errichtung von kommunaler Infrastruktur bzw. die Finanzierung der Errichtung durch die Kommune fällt grundsätzlich dann in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots, wenn die Infrastruktur anschließend für wirtschaftliche Tätigkeiten genutzt wird. Im Vorfeld jeder Infrastrukturmaßnahme ist daher genau zu prüfen, welchem Verwendungszweck die geplante Infrastruktur dient. Für die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten ist auf die allgemeinen Grundsätze des beihilfenrechtlichen Unternehmensbegriffs zurückzugreifen (siehe oben **B.I.**)

Beispiele für wirtschaftlich genutzte Infrastruktur:

- Gewerbezentrum, in dem Flächen an Unternehmen vermietet werden;

- Kongresszentrum;
- Spaß- und Erlebnisbad; Therme;
- Fußballstadion;
- Fahrradverleihstationen;
- Binnenhafen.

Demgegenüber findet das Beihilfenverbot keine Anwendung auf die Finanzierung von Infrastruktur, wenn diese anschließend nicht für wirtschaftliche Tätigkeiten genutzt wird. Das betrifft in erster Linie Infrastruktur, die der Staat selbst in Ausübung seiner hoheitlichen Tätigkeiten nutzt, wie beispielsweise militärische oder polizeiliche Anlagen, aber auch Verwaltungsgebäude wie ein Rathaus oder Landratsamt.

Grundsätzlich fällt auch die Errichtung bzw. Finanzierung öffentlicher Straßen nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots. Diese werden unentgeltlich für die öffentliche Nutzung bereitgestellt und werden insoweit nicht genutzt, um Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt anzubieten.

Wird eine Infrastruktur sowohl für wirtschaftliche als auch für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten genutzt, fällt die öffentliche Finanzierung für die Errichtung nur insoweit in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots, wie sie die mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten verbundenen Tätigkeiten deckt.

Beispiel: *Die Stadt F plant die Errichtung eines neuen Verwaltungsgebäudes. Das Gebäude soll in erster Linie durch die Stadtverwaltung genutzt werden, so sollen insbesondere Büroflächen für das Bauamt und das Bürgerbüro geschaffen werden. Ein Teil der in dem Gebäude verfügbaren Büroflächen soll jedoch an Privatunternehmen vermietet werden. Diese Büroflächen machen etwa 30 % der Gesamtfläche des Gebäudes aus.*

Die Finanzierung der Errichtung des Gebäudes fällt hier nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots, soweit dieses für die hoheitlichen bzw. Verwaltungstätigkeiten der Stadt F genutzt wird. Da es sich bei der Vermietung eines Teils der Flächen an Unternehmen aber um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt, findet das Beihilfenverbot auf die auf diesen Gebäudeteil entfallenden Errichtungskosten Anwendung. Für die betreffenden 30 % der gesamten Investitionskosten ist daher nach anderen Lösungen für die beihilfenrechtliche Zulässigkeit der Errichtung zu suchen.

Wird eine Infrastruktur sowohl für wirtschaftliche als auch für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten genutzt, kann die Finanzierung für die Errichtung auch ganz aus dem Anwendungsbereich des Beihilfenverbots herausfallen, wenn es sich bei den wirtschaftlichen Tätigkeiten um reine Nebentätigkeiten mit geringfügigem Umfang handelt. Solche Nebentätigkeiten liegen dann vor, wenn sie unmittelbar mit dem Betrieb der Infrastruktur verbunden und dafür erforderlich sind oder in untrennbarem Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit stehen und wenn hierfür dieselben Produktionsmittel eingesetzt werden, wie für die nicht-wirtschaftliche Haupttätigkeit (z.B. Material, Ausrüstung und Personal). Was ihren Umfang angeht, dürfen die Nebentätigkeiten nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der Infrastruktur ausmachen.

Beispiele für zulässige Nebentätigkeiten:

- Geschenkshop in einem kommunalen Museum, das den Bürgern kostenfrei zur Verfügung steht
- Vermietung von weniger als 20 % der Laborkapazitäten an gewerbliche Nutzer durch eine nicht-wirtschaftliche Forschungseinrichtung

b) Keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten

Die Finanzierung der Errichtung von Infrastruktur ist auch dann beihilfenrechtlich zulässig, wenn die Infrastruktur nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Das ist grundsätzlich dann der Fall, wenn sie lediglich ein lokales Einzugsgebiet hat und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Infrastruktur mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen hat (s.o. **B.Va.2.**).

Da kommunale Infrastruktureinrichtungen regelmäßig nahezu ausschließlich für die örtliche Bevölkerung geschaffen werden, sind diese Anforderungen in vielen Fällen erfüllt, sodass deren Errichtung grundsätzlich beihilfenrechtskonform durch die Kommune finanziert werden kann. Typische Beispiele sind Kultur- und Veranstaltungshallen, Sportplätze und –anlagen oder lokale Gesundheitseinrichtungen.

Es ist hier regelmäßig nicht zu erwarten, dass diese Einrichtungen überregional oder gar von Kunden aus dem Ausland genutzt werden. Auch ausländische Investoren finden sich in diesen Bereichen grundsätzlich eher selten.

Hinweis: Auch wenn vieles dafür spricht, dass Maßnahmen für kommunale Infrastruktureinrichtungen häufig nicht zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führen, ist dies in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen und zu dokumentieren.

Die Beweislast trägt insoweit die fördernde Kommune. Der Nachweis kann insbesondere durch Nutzerstatistiken geführt werden, aus denen sich ergibt, dass die Infrastruktur kaum Nutzer aus dem Ausland hat. Darüber hinaus muss grundsätzlich der von der Infrastruktur betroffene Markt auf Anzeichen analysiert werden, dass die Chancen ausländischer Unternehmen auf diesem Markt zu bestehen oder in den Markt einzutreten, verringert werden.

2. **Betreiberebene**

Der Betreiber einer kommunalen Infrastruktur, der diese verschiedenen Endnutzern gegen Entgelt zur Verfügung stellt, übt regelmäßig wirtschaftliche Tätigkeiten aus. Etwaige Begünstigungen dieses Betreibers unterfallen daher grundsätzlich dem Beihilfenverbot. Das gilt sowohl für den Fall, dass der Eigentümer die Infrastruktur selbst betreibt als auch im Falle des Betriebs durch einen Dritten, dem die Infrastruktur von dem Eigentümer – ggf. gegen Entgelt – zur Verfügung gestellt wird.

Eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung des Betreibers liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Nutzung der Infrastruktur ihm wirtschaftliche Vorteile verschafft, die er unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten könnte. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Miete, die Pacht oder das sonstige Entgelt, das der Betreiber für die kommerzielle Nutzung der Infrastruktur zahlen muss, geringer ausfällt, als dies bei einer vergleichbaren Infrastruktur zu normalen Marktbedingungen der Fall wäre. Bei der Auswahl eines Betreiberunternehmens für eine kommunale Infrastruktur ist daher darauf zu achten, dass von diesem ein marktübliches Entgelt für das Recht zur Nutzung der Infrastruktur verlangt wird.

Praxis-Tipp: Zur Ermittlung des marktüblichen Entgelts kann grundsätzlich auf die allgemeinen, im Rahmen des *Market Economy Operator Tests* anerkannten Methoden zurückgegriffen werden (s.o. **B.III.3.**). Besonders geeignet ist insoweit die Ausschreibung der Betriebsleistungen in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungs- und bedingungsfreien Verfahren.

3. **Endnutzerebene**

Auf der Ebene der Endnutzer liegen Beihilfen typischerweise dann vor, wenn diese für die Nutzung nicht das marktübliche Entgelt bezahlen, sondern ihnen die Infrastruktur zu vergünstigten Konditionen zur Verfügung steht. Das ist jedoch nur dann relevant, wenn es sich bei den Endnutzern um Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts handelt. Wird die Infrastruktur hingegen durch Privatpersonen genutzt, die keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben, ist der Anwendungsbereich des Beihilfenverbots nicht eröffnet (s.o.

B.I.). Die Entgelte für die Endnutzung können in diesem Fall frei von beihilfenrechtlichen Schranken ausgestaltet werden.

Handelt es sich bei den Endnutzern der Infrastruktur hingegen um Unternehmen, muss sichergestellt werden, dass diese für die Nutzung ein marktübliches Entgelt bezahlen. Dann wäre das Vorliegen einer Beihilfe zugunsten dieser Unternehmen ausgeschlossen. Wie auf der Betreiberebene kann auch insoweit auf die allgemein anerkannten Methoden zur Ermittlung des Marktpreises zurückgegriffen werden.

***Beispiel:** Die Stadt W hat auf einem ihrer kommunalen Grundstücke ein mehrstöckiges Bürogebäude errichtet, in dem sich Unternehmen ansiedeln sollen. Das Gebäude wird von der Stadtwerke W GmbH verwaltet. Die Stadtwerke sollen die Unternehmen auswählen, die in dem Gebäude Flächen anmieten wollen. Die hierbei erzielten Mieteinnahmen sollen den Stadtwerken zustehen, die aber auch sämtliche laufenden Kosten des Gebäudes zu tragen haben. Darüber hinaus bezahlen die Stadtwerke für die Nutzung des Gebäudes ein angemessenes Entgelt an die Stadt. Um insbesondere die Ansiedlung lokaler Unternehmen zu fördern, beschließen die Stadtwerke, dass für Unternehmen mit Sitz im Umkreis von 20 km um das Stadtgebiet eine um 20 % geringere Miete verlangt werden soll, als dies für vergleichbare Büroflächen im Umkreis der Stadt W der Fall ist.*

Legt man die im Rahmen der Infrastrukturfinanzierung zu prüfenden Ebenen zugrunde, sind hier die Stadt W als Errichterin, die Stadtwerke als Betreiber und die mietenden Unternehmen als Nutzer der Infrastruktur einzuordnen. Weil die lokal ansässigen Unternehmen eine geringere als die marktübliche Miete zu zahlen haben, liegt hier eine tatbestandliche Beihilfe zugunsten dieser Nutzer der Infrastruktur vor.

III. Freistellung von tatbestandlichen Beihilfen

Erfüllt die Finanzierung kommunaler Infrastruktur alle Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots, kommt eine Freistellung von der Notifizierungspflicht aufgrund der AGVO (s. hierzu **D.**) oder den Sonderregelungen für die Finanzierung von DAWI in Betracht (s. hierzu **C.**).

Besonders relevant ist insoweit der Freistellungstatbestand des Art. 56 AGVO, der eine Vielzahl von Finanzierungsmaßnahmen in Bezug auf die Errichtung kommunaler Infrastruktur vom Beihilfenverbot ausnimmt. Zu den einzelnen Voraussetzungen einer Freistellung verweisen wir auf die Erläuterungen in Abschnitt **D.III.3.**

Soweit ein Unternehmen mit der Erbringung von DAWI betraut wird, können die Kosten, die diesem Unternehmen aufgrund von Investitionen in Infrastruktur zu diesem Zweck

entstehen, auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses beihilfenrechtskonform ausgeglichen werden. Art. 5 Abs. 3 lit. d) Freistellungsbeschluss bezieht solche Kosten ausdrücklich in seinen Anwendungsbereich mit ein, sofern diese Investitionen für die Erbringung der DAWI erforderlich sind. Es muss daher sichergestellt sein, dass die kommunalen Ausgleichsleistungen nur für die Finanzierung derjenigen Infrastruktur verwendet wird, die das Unternehmen künftig für die Erbringung von DAWI nutzt.

Stichwortverzeichnis

AGVO (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) 56, 57, 58, 59, 60, 61
 Altmark Trans-Rechtsprechung 43, 44, 45, 47, 54
 Anbieterbezogene Betrachtung (Zwischenstaatlichkeit) 31
 Anreizeffekt 59
 Bagatellbeihilfe 34, 39
 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels 30, 31, 32, 33, 34
 Begünstigung 24, 25, 26
 Beihilfe (Begriff) 8, 9
 Beihilfenverbot (Anwendungsbereich) 8, 17
 Beihilfenrecht (Regelungsgegenstand) 8, 9
 Beihilferegister 55, 59
 Betrauungsakt 50, 51, 52, 53, 54, 55
 Betriebsbeihilfen (Infrastruktur) 61
 Bruttosubventionsäquivalent 37, 46, 58, 69, 70, 74
 Bundesregelung Kleinbeihilfen 29, 39
 Bürgschaft 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71
 Bürgschaftsmitteilung 65, 66, 69, 71
 Corona-Beihilfen 29, 39
 COVID19-Pandemie 29, 39
 Darlehen 13, 22, 24, 37, 72, 73, 74, 75, 76, 77
 DAWI-De-minimis-Verordnung 43, 45, 46, 70, 74
 Defizitausgleich 40, 49
 De-minimis-Verordnung 34, 35-37, 39, 43, 45-46, 65, 69-70, 74, 76
 De-minimis-Bescheinigung 38
 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)
 40-43 (Begriff), 43-47 (Prüfungskriterien), 47-51 (Freistellungsbeschluss), 56
 (Unionsrahmen), 70 (Bürgschaften)
 Durchführungsverbot 9, 10, 11, 12
 Einzelhandel 61
 Europäische Kommission (Zuständigkeit) 10, 11
 Freistellungsbeschluss 47 (Begriff), 48-56 (Prüfungskriterien), 70-71 (Bürg-
 schaften), 75 (Darlehen), 85-86 (Investitionsbeihilfen)
 Gerichte (Zuständigkeit) 10 (EU-Gerichte), 12 (nationale Gerichte)
 Grundstücksveräußerung 77-79
 Infrastrukturbeihilfen 61, 62-63, 80-86
 Investitionsbeihilfen (Infrastruktur) 58, 60, 61, 62
 Kapitalzuführung 75-76

Kliniken 17, 33, 34, 42, 48, 51
Kommunalbürgerschaft 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71
Kommunale Unternehmen 9, 10, 20-21, 72-73
Konzernbetrachtung 35, 36, 39
Krankenhäuser 17, 33, 34, 42, 48, 51
Kulturbeihilfen 59
Lokaler Bezug 30-34
Lokale Infrastruktur 61
Market Economy Operator Test (= Private Investor Test) 25-28
Marktübliche Konditionen 25-28, 37, 67, 68, 72, 73, 76, 77, 84, 85
Missbrauchskontrolle (bzgl. Einordnung als DAWI) 42
Nationale Gerichte (Zuständigkeit) 12
Nichtwirtschaftliche Tätigkeit 17-18, 82, 83
Notifizierung 9, 11, 34, 47, 56
Nutzerbezogene Betrachtung (Zwischenstaatlichkeit) 31
ÖPNV 42, 48
Pari-passu-Transaktion 26, 27
Private Investor Test (= Market Economy Operator Test) 25-28
Prüfungsschema 16
Rechnungshof 13-14
Rechnungsprüfungsamt 13-14
Schwimmbäder 23, 29, 61, 80
Sportinfrastruktur 60-61
Stadien 61
Transparente Beihilfe 37, 46, 59, 69, 74
Veröffentlichungspflichten 55, 59

Anregungen und Kritik

Sollten Sie Anregungen für Änderungen oder Ergänzungen an diesem Leitfaden haben oder sollten Ihnen wesentliche Aspekte aus der kommunalen Praxis in diesem Leitfaden fehlen, wenden Sie sich gern an die Autoren. Sie erreichen diese wie folgt:

Dr. Jochen Bernhard

E-Mail: jochen.bernhard@menoldbezler.de

Dr. Beatrice Fabry

E-Mail: beatrice.fabry@menoldbezler.de

Daniel Klass

E-Mail: daniel.klass@menoldbezler.de

Menold Bezler Rechtsanwälte
Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft mbB
Stresemannstraße 79
70191 Stuttgart
Telefon: 0711 86040-00
Telefax: 0711 86040-01

**ANLAGE zum Aktualisierten Leitfaden zum EU-Beihilfenrecht
(Stand: 01.01.2022) – Muster-Betrauungsakt für Krankenhäuser**

**Öffentlicher Auftrag
(Betrauungsakt)**

des Landkreises

.....

auf der Grundlage

des
BESCHLUSSES DER KOMMISSION
vom 20. Dezember 2011

über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 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
(bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2011) 9380)
(2012/21/EU, ABI. EU Nr. L 7/3 vom 11. Januar 2012)
- Freistellungbeschluss -,

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION
vom 11. Januar 2012

über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
(2012/C 8/02, ABI. EU Nr. C 8/4 vom 11. Januar 2012),

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION
vom 11. Januar 2012

Rahmen der Europäischen Union
für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)
(2012/C 8/03, ABI. EU Nr. C 8/15 vom 11. Januar 2012)

und der
RICHTLINIE 2006/111/EG DER KOMMISSION
vom 16. November 2006

über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen
(ABI. EU Nr. L 318/17 vom 17. November 2006)

§ 1

Sicherstellungsauftrag, Feststellungsbescheid

- (1) Nach Maßgabe des § 3 des Landeskrankenhausgesetzes haben die Landkreise die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern sicherzustellen. Dabei handelt es sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.
- (2) Die Aufnahme in den Krankenhausplan, seine Einzelfeststellungen sowie Änderungen sind durch die Feststellungsbescheide des Regierungspräsidiumsvom
..... und festgestellt.

§ 2

Beauftragtes Unternehmen, Art der Dienstleistungen, Befristung (Zu Art. 4 des Freistellungsbeschlusses)

- (1) Der Landkreis (Landkreis) beauftragt das Krankenhaus (Krankenhaus) mit der Erbringung nachstehender Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Gebiet des Landkreises.
 1. Medizinische Versorgungsleistungen:
 - a) ...
 - b) ...
 2. Notfalldienste:
 - a) ...
 - b) ...
 3. Unmittelbar mit diesen Haupttätigkeiten verbundene Nebenleistungen:
 - a) ...
 - b) ...

- (2) Daneben erbringt das Krankenhaus folgende Dienstleistungen, die nicht zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zählen:
1. ...
 2. ...
- (3) Die Beauftragung nach § 2 Abs. 1 ist befristet auf **[maximal 10 Jahre]** ab Beginn der Betrauung.

§ 3

Berechnung und Änderung der Ausgleichsleistungen (Zu Art. 5 des Freistellungsbeschlusses)

- (1) Soweit für die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach § 2 Abs. 1 erforderlich, gewährt der Landkreis dem Krankenhaus Ausgleichsleistungen, insbesondere durch **[Die nachfolgend aufgelisteten Arten von Ausgleichsleistungen sind lediglich beispielhaft zu verstehen. In dem konkreten Betrauungsakt sollten nur solche Arten von Ausgleichsleistungen aufgeführt werden, die der Landkreis auf absehbare Zeit zu gewähren bereit ist. Dies ist auch im Hinblick auf Satz 2 des folgenden Absatzes zu berücksichtigen.]**
- den Ausgleich eines Jahresfehlbetrags
 - die Gewährung von Investitionszuschüssen, sofern die Maßnahmen nicht durch den Bund oder das Land Baden-Württemberg gefördert werden,
 - die Einräumung von Kassenkrediten im Rahmen eines Cash-Pools sowie
 - die Übernahme von Bürgschaften.

Aus diesem Betrauungsakt folgt kein Rechtsanspruch des Krankenhauses auf die Gewährung der Ausgleichsleistung.

- (2) Die Höhe des maximal vom Landkreis auszugleichenden Jahresfehlbetrags ergibt sich aus dem nach den gesetzlichen Regelungen und den dort vorgesehenen Parametern erstellten und beschlossenen Jahres-Wirtschaftsplan des Krankenhauses. Die Höhe der in dem jeweiligen Wirtschaftsjahr höchstens notwendigen Kreditaufnahme und die Höhe der maximal zu übernehmenden Bürgschaften sowie anderer Ausgleichsleistungen ergeben sich ebenfalls aus dem Jahres-Wirtschaftsplan des Krankenhauses.

- (3) Führt die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach § 2 Abs. 1 aufgrund nicht vorhersehbarer Ereignisse zu einem höheren Fehlbetrag, kann auch dieser ausgeglichen werden.
- (4) Die Ausgleichsleistung geht nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Nettokosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns abzudecken. Für die Ermittlung der Nettokosten, der zu berücksichtigenden Einnahmen und des angemessenen Gewinns gelten Art. 5 Abs. 2 bis 8 des Freistellungsbeschlusses.
- (5) Soweit das Krankenhaus sonstige Tätigkeiten im Sinne von § 2 Abs. 2 ausübt, die keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen, die von diesem Betrauungsakt umfasst werden, muss das Krankenhaus in seiner Buchführung die Kosten und Einnahmen, die sich aus der Erbringung der einzelnen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß § 2 Abs. 1 ergeben, getrennt von allen anderen sonstigen Tätigkeiten ausweisen. Das Krankenhaus erstellt hierfür eine Trennungsrechnung aus der Erfolgsplanung für das Planjahr und der testierten Gewinn- und Verlustrechnung für das abgeschlossene Geschäftsjahr. In dieser Trennungsrechnung sind die den einzelnen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zuzurechnenden Aufwendungen und Erträge jeweils gesondert auszuweisen. Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses ist zu berücksichtigen. Das Krankenhaus wird die Trennungsrechnung dem Landkreis zur vertraulichen Kenntnisnahme übermitteln.

§ 4

Kontrolle hinsichtlich einer möglichen Überkompensation (Zu Art. 6 des Freistellungsbeschlusses)

- (1) Um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses für die Gewährung von Ausgleichsleistungen während des gesamten Zeitraums der Betrauung des Krankenhauses erfüllt werden und insbesondere durch die Ausgleichsleistungen keine Überkompensation für die Erbringung von Dienstleistungen nach § 2 Abs. 1 entsteht, führt das Krankenhaus den Nachweis über die Verwendung der Mittel. Dies geschieht durch den jährlichen Jahresabschluss.
- (2) Der Landkreis fordert das Krankenhaus zur Rückzahlung der Überkompensation auf.
- (3) Übersteigt die Überkompensation den jährlichen Ausgleich nicht um mehr als 10 %, kann das Krankenhaus diese auf das nächste Kalenderjahr übertragen und von der für dieses Kalenderjahr zu zahlenden Ausgleichsleistung abziehen.

§ 5

Vorhalten von Unterlagen (Zu Art. 8 des Freistellungsbeschlusses)

Unbeschadet weitergehender Vorschriften sind sämtliche Unterlagen, anhand derer sich feststellen lässt, ob die gewährten Ausgleichsleistungen mit den Bestimmungen des Freistellungsbeschlusses vereinbar sind, während des Betrauungszeitraums und für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren ab Ende des Betrauungszeitraums aufzubewahren und verfügbar zu halten.

Dieser Betrauungsakt wurde vom Kreistag des Landkreises [...] in der Sitzung am [Datum] beschlossen.

[Ort, Datum]

[Unterschrift der Landrätin / des Landrats]

**Erläuterungen zum
Muster eines öffentlichen Auftrags (Betrauungsakt)
des Landkreistags Baden-Württemberg**

Vorbemerkung

Krankenhäuser fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts. Demzufolge ist auch der Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU, ABl. EU Nr. L 7/3 vom 11. Januar 2012) – Freistellungsbeschluss – anwendbar (Art. 2 Abs. 1 Buchst. b Freistellungsbeschluss).

Der Freistellungsbeschluss legt fest, unter welchen Voraussetzungen staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden und demzufolge von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit sind (Art. 1 Freistellungsbeschluss).

Der Landkreis ist frei, welche Form der Betrauung er wählt (Art. 4 Satz 1 Freistellungsbeschluss). Deshalb sind neben dem vorliegend erläuterten Muster auch andere Ausgestaltungen einer Betrauung denkbar.

Zu § 1

Absatz 1

Absatz 1 hebt hervor, dass die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausdienstleistungen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist. Das baden-württembergische Landeskrankenhausgesetz stellt dies in § 1 Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich klar.

Absatz 2

Absatz 2 nimmt Bezug auf die ergangenen Feststellungsbescheide des Regierungspräsidiums (vgl. § 8 KHG, § 7 LKHG).

Zu § 2

Absatz 1

Der Umfang der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, mit denen das Krankenhaus beauftragt wurde, ergibt sich aus den Feststellungsbescheiden. Die Dreiteilung (medizinische Versorgungsleistungen/Notfalldienste/unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebenleistungen) nimmt die Diktion von Art. 2 Abs. 1 b) Freistellungsbeschluss auf. Art. 2 Abs. 1 b) des Freistellungsbeschlusses erlaubt hierbei als unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbundene Nebenleistung insbesondere auch die Betrauung mit Dienstleistungen im Bereich der Forschung.

Absatz 2

Erbringt ein Krankenhaus daneben Dienstleistungen, die nicht zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gehören, sind diese zwingend von den Dienstleistungen nach Absatz 1 abzugrenzen. Diese Notwendigkeit resultiert aus Art. 5 Abs. 9 Freistellungsbeschluss, wonach für sonstige Dienstleistungen kein Ausgleich gewährt werden darf. Würde er trotzdem gewährt, müsste die Ausgleichsleistung bei der Kommission angemeldet werden (vgl. 5. Erwägungsgrund Freistellungsbeschluss).

Beispiele für Leistungen nach § 2 Abs. 2 sind beispielsweise der Betrieb von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) sowie gewerbliche Dienstleistungen wie Catering, Wäscherei, Cafeteria.

MVZ i. S. von § 95 Abs. 1 SGB V, die in der Trägerschaft eines Krankenhauses stehen, nehmen an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung teil und stehen damit im Wettbewerb mit niedergelassenen Ärzten. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, ist sicherzustellen, dass ein MVZ weder direkt noch indirekt Vorteile durch die Investitionsförderung des Krankenhauses oder durch Defizitausgleiche von Landkreisen für das Krankenhaus erlangt. Vor diesem Hintergrund sind dem MVZ grundsätzlich auch die vom Krankenhaus bezogenen Leistungen (z. B. Laborleistungen, Personalgestellung) in Höhe sachgerechter Kosten auf Vollkostenbasis oder in marktüblicher Weise in Rechnung zu stellen. Dieser Grundsatz gilt auch für die Bereitstellung von Räumen oder Geräten, die öffentlich gefördert sind. Dem MVZ sind auch hierfür Kosten in sachgerechter Höhe oder marktübliche Entgelte (z. B. Miete) einschließlich entsprechender Investitionskostenanteile in Rechnung zu stellen (vgl. dazu auch das BMG-Schreiben vom 4. Juli 2007 und dazu unser Rundschreiben Nr. 539/2007 vom 11. Juli 2007).

Die Abgrenzung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (§ 2 Abs. 1) von den anderen Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2) wirkt sich auf alle Inhalte des Betrauungsaktes aus, insbesondere auf

- die Grundlagen der Berechnung und Änderung der Ausgleichsleistungen (§ 3 Abs. 1 und 2),
- die Regelungen zur Vermeidung einer Überkompensation (§ 3 Abs. 4),
- die Regelungen zur Kontrolle hinsichtlich einer möglichen Überkompensation (§ 4) und
- das Vorhalten von Unterlagen (§ 5).

Absatz 3

Eine Betrauung ist nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Freistellungsbeschluss grundsätzlich nur für einen Zeitraum von zehn Jahren möglich. Der Betrauungsakt muss deshalb eine zeitliche Befristung auf maximal zehn Jahre enthalten. Dies schließt es allerdings nicht aus, dasselbe Unternehmen nach Ablauf des Zehnjahreszeitraums mit derselben Leistung erneut zu betrauen.

Ausnahmsweise ist ein längerer Zeitraum einer Betrauung möglich. Dies setzt allerdings voraus, dass eine erhebliche Investition des betrauten Unternehmens erforderlich ist, die nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Freistellungsbeschluss).

Zu § 3

Absatz 1

Die voraussichtlich erforderliche Ausgleichsleistung ist für jedes Wirtschaftsjahr (Ausgleichsperiode) im Vorhinein (!) auszuweisen. Daran führt kein Weg vorbei. Auch muss sichergestellt werden, dass ein im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 entstehendes Defizit nicht ausgleichsfähig ist.

Der Begriff der Ausgleichsleistung ist im Freistellungsbeschluss im Gegensatz zur früheren Freistellungsentscheidung nicht mehr ausdrücklich definiert. Nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 der früheren Freistellungsentscheidung galten als Ausgleichszahlung "alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile." Der Freistellungsbeschluss erwähnt mögliche Formen von Ausgleichsleistungen hingegen lediglich im Zusammenhang mit den berücksichtigungsfähigen Kosten in Art. 5 Abs. 3 Buchst. c und d. Mangels entgegenstehender Äußerungen der Kommission ist davon auszugehen, dass sich durch den Freistellungsbeschluss keine materiellen Änderungen hinsichtlich möglicher Ausgleichsleistungen ergeben haben. Deshalb gilt weiterhin: Der Begriff der Ausgleichsleistungen ist weit zu verstehen. Demnach sind sowohl Zuschüsse zum laufenden Betrieb, als auch Investitionszuschüsse bei der Berechnung der Ausgleichsleistung zu berücksichtigen. Aus wettbewerblicher Sicht – und diese ist für die Interpretation des Beihilfenrechts von entscheidender Bedeutung – gehören dazu aber auch mittelbare Vorteile, wie etwa Zinsvergünstigungen, die das Krankenhaus dadurch erlangt, dass der Träger Sicherheiten für ein Darlehen stellt (Grundpfandrechte, Bürgschaften ohne marktübliche Gegenleistung etc.). Da sich derartige Vorteile im Wirtschaftsplan üblicherweise nicht niederschlagen, ist dieser entsprechend zu ergänzen, damit sämtliche potenziellen Ausgleichsleistungen dort nach Art und maximaler Höhe dokumentiert werden.

Die im jeweiligen Jahres-Wirtschaftsplan festgelegte maximale Ausgleichsleistung darf grundsätzlich nicht überschritten werden. Eine Abweichung davon ist nur ausnahmsweise möglich (siehe die Erläuterungen zu Absatz 3).

Absatz 2

Die Planansätze des Wirtschaftsplans bilden die Grundlage für die Ermittlung des Defizits und damit für die Berechnung der Ausgleichsleistung (vgl. Art. 4 Satz 2 Buchst. d Freistellungsbeschluss). Die Kommission fordert Transparenz. Daraus folgt:

Die Ausgleichsleistung muss im Wirtschaftsplan abgebildet sein. Gegebenenfalls bedarf es einer ergänzenden Position in der Systematik des Wirtschaftsplans.

Eine höhere als im Wirtschaftsplan abgebildete Ausgleichsleistung verlässt den Rahmen der Freistellung von der Anmeldepflicht, sofern kein Ausnahmefall vorliegt (siehe dazu die Erläuterungen zu Absatz 3).

Für Fehlbeträge aus der Erbringung von Dienstleistungen nach § 2 Abs. 2 dürfen keine Ausgleichsleistungen gewährt werden.

Absatz 3

Durch unvorhersehbare Ereignisse während des Geschäftsjahres kann sich das errechnete Defizit erhöhen und damit die Notwendigkeit einer höheren Ausgleichsleistung ergeben. Wie sich aus Art. 4 Satz 2 Buchst. d Freistellungsbeschluss ergibt ("Änderung der Ausgleichsleistungen"), hat die Kommission diese Möglichkeit durchaus gesehen.

Absatz 3 trägt dem Rechnung. Um jedoch der Forderung nach Transparenz zu entsprechen, darf eine höhere als die im Jahres-Wirtschaftsplan ausgewiesene Ausgleichsleistung nur dann bewirkt werden, wenn die dafür verantwortlichen Ursachen zum Zeitpunkt der Aufstellung des Wirtschaftsplans noch nicht erkennbar waren. Hier ist ein strenger Maßstab anzulegen. Beispiel: Anstehende Tariferhöhungen sind im absehbaren Umfang bereits bei der Aufstellung des Wirtschaftsplans zu berücksichtigen.

Absatz 4

Mit Absatz 4 wird Art. 5 Abs. 1 Freistellungsbeschluss umgesetzt. Die Höhe der Ausgleichsleistungen darf unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken.

Nach Art. 5 Abs. 2 Freistellungsbeschluss können die Nettokosten als Differenz der zwischen den nach Art. 5 Abs. 3 und 4 Freistellungsbeschluss zu berücksichtigenden Kosten und Einnahmen berechnet werden. Alternativ können sie auch als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung berechnet werden.

Nach Art. 5 Abs. 3 Freistellungsbeschluss ist bei der Berechnung der Kosten Folgendes zu berücksichtigen:

Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung von Dienstleistungen nach § 2 Abs. 1, können alle Kosten des Unternehmens herangezogen werden. Übt das Unternehmen auch andere Tätigkeiten aus, bei denen es sich nicht um die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt (§ 2 Abs. 2), dürfen nur die den Dienstleistungen nach § 2 Abs. 1 zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden.

Die der Dienstleistung nach § 2 Abs. 1 zurechenbaren Kosten können alle unmittelbaren Kosten abdecken, die durch die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angefallen sind, sowie einen angemessenen Teil der Fixkosten für die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und sonstigen Tätigkeiten.

Die Kosten in Verbindung mit Investitionen, insbesondere Infrastrukturkosten, können berücksichtigt werden, wenn sie für die Erbringung der Dienstleistung nach § 2 Abs. 1 erforderlich sind.

Die Einbeziehung einer Rendite in den Defizitausgleich ist grundsätzlich möglich (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 5 ff. Freistellungsbeschluss).

Absatz 5

Da die Systematik des Wirtschaftsplans keine Erkenntnisse darüber liefert, ob die Planansätze den Dienstleistungen nach § 2 Abs. 1 oder § 2 Abs. 2 zuzurechnen sind, gilt Folgendes:

Wenn Dienstleistungen nach § 2 Abs. 1 nur einen Teil der Tätigkeiten des Krankenhauses ausmachen, fordert Art. 5 Abs. 9 Freistellungsbeschluss, dass die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit den betreffenden Dienstleistungen nach § 2 Abs. 1 und der Ausführung anderweitiger Leistungen nach § 2 Abs. 2 in den Büchern getrennt ausgewiesen werden müssen. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Es ist in transparenter Weise sicherzustellen, dass der Ausgleich nicht zu einer Überkompensation führt und dass er sich nur auf Kosten bezieht, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbar sind.

Erbringt ein Krankenhaus auch Dienstleistungen nach § 2 Abs. 2, ist deren separate Ausweisung im Wirtschaftsplan notwendig. Mit anderen Worten: Der Wirtschaftsplan muss in diesem Fall für die Bereiche nach § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 getrennt aufgestellt werden.

Zu § 4

§ 4 trägt Art. 6 Freistellungsbeschluss Rechnung. Danach führen die Mitgliedstaaten in regelmäßigen Abständen Kontrollen durch oder veranlassen regelmäßige Kontrollen, um sicherzustellen, dass die Ausgleichsleistungen den Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses entsprechen. Sie fordern die betreffenden Krankenhäuser zur Rückzahlung überhöhter Ausgleichsleistungen auf und aktualisieren die Parameter für die künftige Berechnung der Ausgleichsleistungen. Beträgt die Überkompensierung maximal 10 % der jährlichen Ausgleichssumme, darf dieser Betrag auf die nächstfolgende Ausgleichsperiode angerechnet werden.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, sind die Krankenhäuser verpflichtet, den Nachweis über die Verwendung der Mittel zu führen. Hierfür ist die Jahresrechnung ein geeignetes Instrument.

Nach Art. 6 Abs. 1 Freistellungsbeschluss würde es aber auch genügen, die Ausgleichsleistungen alle drei Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums zu kontrollieren. § 4 Abs. 1 Satz 2 des Muster-Betrauungsakts wäre in diesem Fall wie folgt umzuformulieren: "Dies geschieht durch einen Geschäftsabschluss für einen Zeitraum von jeweils drei Jahren sowie einen Geschäftsabschluss am Ende des Betrauungszeitraums." Für die 10 %-Regel müsste die Überkompensierung mit dem Dreijahresdurchschnitt der Ausgleichsleistungen verglichen werden. Eine etwaige Anrechnung hätte auf die nächste Jahreszahlung zu erfolgen.

Nach Art. 5 Abs. 9 Freistellungsbeschluss muss streng unterschieden werden: Erbringt ein Krankenhaus auch sonstige Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2), bedarf es einer getrennten

Abbildung der beiden Dienstleistungsbereiche (siehe auch Erläuterungen zu § 3 Abs. 1). Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung erfolgt.

Zu § 5

Damit der Bund seinen Verpflichtungen nach Art. 9 Freistellungsbeschluss nachkommen kann, sind die Krankenhäuser zu verpflichten, die notwendigen Unterlagen während des Betrauungszeitraums und für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren ab Ende des Betrauungszeitraums verfügbar zu halten. Ergeben sich nach weitergehenden Vorschriften längere Aufbewahrungsfristen (z. B. nach den für das Arzthaftungsrecht geltenden Bestimmungen), gelten die sich aus den jeweiligen Sondervorschriften ergebenden verlängerten Fristen.

Zu: Hinweis auf Gremienentscheidung

Die Betrauung ist Sache des Landkreises, unabhängig davon, in welcher Rechtsform das Krankenhaus geführt wird, da die Ausgleichsleistung in jedem Fall haushaltswirksam ist.

Bei der Betrauung handelt es sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung (§ 42 Abs. 2 LKrO). Daher ist die Zuständigkeit des Landrats zu verneinen. Da der Erlass der Haushaltssatzung und der Nachtragssatzungen, die Feststellung der Jahresrechnung und der Wirtschaftspläne nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden kann (§ 34 Abs. 2 Nr. 12 LKrO) und der Betrauungsakt dazu in engem Zusammenhang steht, ist grundsätzlich der Kreistag das für die Betrauung zuständige Organ.