

Leitfaden

EU-BEIHILFENRECHT
DAWI und Infrastruktur-
finanzierung



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT, ARBEIT UND WOHNUNGSBAU

Leitfaden

EU-BEIHILFENRECHT

DAWI und Infrastruktur- finanzierung



BAND 3 | DEZEMBER 2016

LEITFADEN EU-BEIHILFENRECHT

DAWI und Infrastruktur- finanzierung

Band 3

Autor:

Herausgeber:



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT, ARBEIT UND WOHNUNGSBAU

VORWORT

Ein Land kann sich nur dann wirtschaftlich erfolgreich entwickeln, wenn die Grundversorgung der Bevölkerung gewährleistet ist. Diese „Daseinsvorsorge“, zu der auch Sport- und Kultureinrichtungen, Breitbandausbau, Krankenhäuser oder Kindergärten gehören, fällt in erster Linie in die Zuständigkeit von Städten, Kommunen und Landkreisen. Und oftmals ist eine finanzielle Förderung von Seiten des Staates notwendig, damit die Grundversorgung zuverlässig funktioniert und kostengünstig angeboten werden kann.

Soweit der Staat finanziell fördert, ist das EU-Beihilfenrecht zu beachten. Dies betrifft die staatliche Finanzierung öffentlicher Infrastrukturen – wie z.B. von (Flug-)Häfen, Stadt- und Konzerthallen oder Sportstätten – und die Förderung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), wie dem sozialen Wohnungsbau oder der Allgemeinen Wirtschaftsförderung.

Diese Maßnahmen der Daseinsvorsorge prägen die Lebensbedingungen der Menschen und sind als solche wichtige Rahmenbedingung für den wirtschaftlichen Erfolg des Landes. Es ist Aufgabe der Wirtschaftspolitik die Rahmenbedingungen für Infrastruktur und Daseinsvorsorge zu stärken, damit Baden-Württemberg weiterhin innovativ sein kann und sich nachhaltig entwickelt.

Das europäische Regelwerk der staatlichen Beihilfen bei DAWI und der Infrastrukturfinanzierung ist sehr differenziert und komplex. Das liegt an der vielschichtigen Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, der kontinuierlichen Weiterentwicklung des Beihilfenbegriffs und schließlich an der Vielzahl unterschiedlichster Förderkonstellationen. Der vorliegende Leitfaden gibt Land und Kommunen eine Orientierungshilfe, wie die europarechtlichen Möglichkeiten der Förderung von DAWI und der Infrastrukturfinanzierung ausgeschöpft werden können.

Ich hoffe, wir können Ihnen mit diesem Band wertvolle Informationen für die Praxis zur Verfügung stellen.

Dr. Nicole Hoffmeister-Kraut MdL

Ministerin für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau
des Landes Baden-Württemberg

INHALTSVERZEICHNIS

19	KAPITEL I	45	4. Umsetzung des Betrauungsaktes
	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	50	5. Einfluss des Steuerrechts auf Form und Umsetzung des Betrauungsaktes
20	1. Begriff der DAWI	54	6. Praxisbeispiele für die Finanzierung „klassischer“ DAWI im kommunalen Bereich
23	2. Das DAWI-Paket der EU-Kommission		a) Wirtschaftsförderung
	a) Die Altmark Trans-Entscheidung		(1) <i>Tourismusförderung</i>
	b) Das DAWI-Paket im Überblick		(2) <i>Allgemeine Wirtschaftsförderungsgesellschaften</i>
	c) Die Bestandteile des Pakets im Einzelnen		(3) <i>Technologie- und Gründerzentren</i>
	(1) <i>Freistellungsbeschluss</i>		b) Stadthallen, Messe- und Kongresszentren
	(2) <i>DAWI-De-Minimis-Verordnung</i>		c) Krankenhäuser
	(3) <i>DAWI-Unionsrahmen</i>		d) Sozialer Wohnungsbau
36	3. Gestaltung eines Betrauungsaktes	73	7. Berichtspflichten und Monitoring durch die EU-Kommission
	a) Analyse der (wirtschaftlichen) Betätigungen und Abgrenzung der DAWI		
	b) Bestimmung der Parameter für die Ausgleichsleistungen		
	c) Ermittlungsmethoden des Kostenausgleichs		
	d) Vermeidung von Überkompensation und Kontrolle		
	e) Ausschluss von Quersubventionierung: Trennungsrechnung		

79 — KAPITEL II

Staatliche Infrastrukturfinanzierung80 — 1. **Beihilfenrechtliche Grundlagen der Infrastrukturfinanzierung**

- a) Beihilfenrechtliche Prüfung auf drei Ebenen
- b) Ausschluss von tatbestandlichen Beihilfen
 - (1) *Errichterebene*
 - (2) *Betreiberebene*
 - (3) *Nutzerebene*
- c) Notifizierung und Dokumentation tatbestandlicher Infrastrukturbeihilfen
 - (1) *Notifizierung: Nachweis der Finanzierungslücke*
 - (2) *AGVO: Dokumentation der Freistellungsvoraussetzungen*
 - (3) *DAWI: Definition einer DAWI im Infrastrukturbereich*
- d) Überblick: Beihilfenrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Infrastrukturbereich

102 — **Vergleich der Fördermöglichkeiten nach DAWI, AGVO und De-Minimis**103 — 2. **Praxisbeispiele aus dem kommunalen Bereich**

- a) Veranstaltungseinrichtungen
- b) Hafeneinrichtungen
- c) Sporteinrichtungen
- d) Lokale Infrastruktur
- e) Infrastruktur für soziale Dienstleistungen
- f) Breitbandinfrastruktur

143 KAPITEL III

**Empfehlungen zum
Vorgehen im Rahmen der
beihilfenrechtlichen
Beurteilung einer beabsich-
tigten Förderung**

145 — Prüfschema

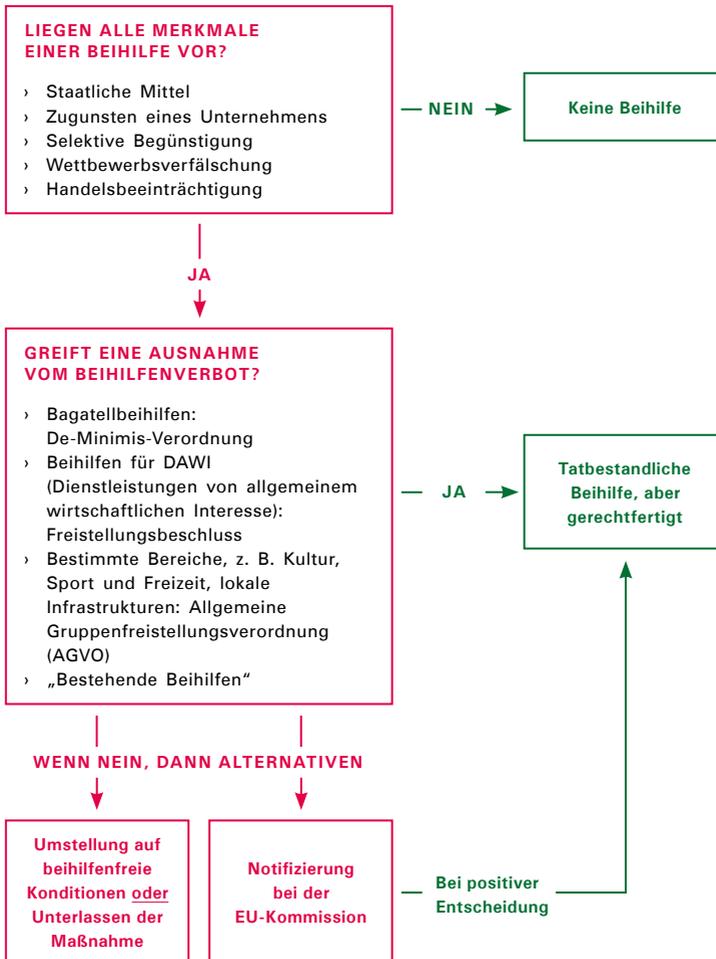
148 — Anwendungsbeispiel

VERZEICHNIS DER PRAXISBEISPIELE IN DIESEM BAND

- 35 — **Regionalflughafen:**
Einordnung wirtschaftlicher
Tätigkeiten als DAWI
- 56 — **Tourismusmarketing:**
Abgrenzung von Vermarktungs-
und Buchungstätigkeiten
- 57 — **Wirtschaftsförderungsgesellschaft:**
Kein Marktversagen bei Maklertätigkeit
- 59 — **Gründerzentrum:**
DAWI-Einordnung allgemeiner
Bürodienstleistungen problematisch
- 61 — **Multifunktionale Veranstaltungshalle:**
Einzelbetrachtung nach Nutzungsarten
statt globaler DAWI-Betrachtung
- 69 — **Krankenhausfinanzierung:**
Begrenzung des DAWI-Begriffs auf
allgemeine Krankenversorgung
- 70 — **Sozialer Wohnungsbau:**
Rechnerische Trennung zwischen
Sozialwohnungsbau und Errichtung
frei finanzierter Wohnungen
- 93 — **Breitbandnetz:**
Berechnung der Finanzierungslücke
- 100 — **Schwimmbad mit Wellnesslandschaft:**
Trennung der Infrastrukturkosten von
DAWI und Nicht-DAWI
- 104 — **Konzert- und Kulturhalle:**
Kombination verschiedener
Freistellungstatbestände, Trennung
von Investitions- und Betriebskosten,
rechnerische Abgrenzung beihilfen-
rechtlich nicht privilegierter
Nutzungsarten
- 119 — **Sportarena:**
Freistellung eines Investitions-
zuschusses nach Art. 55 AGVO
- 126 — **Erschließung eines
Gewerbegebietes:**
Ausgestaltung anhand der
Freistellungsvoraussetzungen von
Art. 56 AGVO
- 129 — **Soziale Infrastruktur:**
Ausschluss von Beihilfen durch
marktübliche Renditen und
Nutzungskonditionen
- 148 — **Beihilfenrechtliches
Prüfungsschema:**
Betrieb von Rathaus und Stadthalle
durch eine Eigengesellschaft

ÜBERSICHT ZUR STRUKTURIERUNG

BEIHILFENRECHTLICHES PRÜFSHEMA



EINLEITUNG

Die Förderung von Einrichtungen der Daseinsvorsorge und öffentlicher Infrastrukturen spielt in der kommunalen Praxis eine große Rolle. Bei der Entscheidung über die öffentliche Finanzierung sind auch die rechtlichen Anforderungen des EU-Beihilfenrechts zu beachten. Es gibt zahlreiche Möglichkeiten wie die Förderung (unions-)rechtskonform gestaltet werden kann, wichtig ist es jedoch, dass bei **jeder Fördermaßnahme die Beihilfenrelevanz grundsätzlich im Vorfeld geprüft und die Prüfungshandlungen dokumentiert** werden. Wie dies zu erfolgen hat und welche rechtlichen Anforderungen zu beachten sind bzw. welche Rechtfertigungsmöglichkeiten es gibt, wird in dem hier vorliegenden Leitfaden dargestellt. Dabei findet sich ein Wegweiser für die rechtliche Prüfung in Kapitel III, während sich eine Vielzahl an Einzelfällen und umfassender Ausführungen zu den rechtlichen Anforderungen in den Kapiteln I und II findet.

Dieser dritte Band des Beihilfen-Leitfadens knüpft an die beiden bereits vorliegenden Bände „Grundlagen“ und „KMU-Förderung und beihilfenrechtliche Standardinstrumente“ an. Er beschäftigt sich aus einer praxisnahen Perspektive mit zwei insbesondere aus kommunaler Sicht sehr wichtigen Bereichen: Zum einen mit der beihilfenrechtskonformen **Finanzierung von Aufgaben der „Daseinsvorsorge“** (Kapitel I), wie z.B. Tourismus- und Allgemeine Wirtschaftsförderung, Stadthallen, Krankenhäuser oder im Bereich des sozialen Wohnungsbaus und zum anderen mit der **staatlichen Finanzierung von (öffentlichen) Infrastrukturen** (Kapitel II), ▶

- ▶ wie etwa von Veranstaltungseinrichtungen, Sportinfrastrukturen, Häfen und sonstigen lokalen Infrastrukturen.

Der Band greift insoweit die bereits in Band 1 dargestellten Grundlagen (dort insbesondere Kapitel III, Ziffer 3 und 7) auf, vertieft diese und ergänzt sie um Praxisbeispiele. Auch die im zweiten Band dargestellten Standardinstrumente, wie Darlehen oder Bürgschaften, die Rechtfertigung über De-Minimis-Verordnungen oder von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen (Kapitel IV bis VII), die ebenfalls im kommunalen Bereich eine wichtige Rolle spielen, werden durch den DAWI-Bezug in diesem Band erweitert. Die beiden ersten Bände beinhalten eine Darstellung der Grundprinzipien des Beihilfenrechts (Band 1) und einen Leitfaden für die verschiedenen Möglichkeiten der Förderung von KMU und zu den beihilfenrechtlichen Standardinstrumenten (Band 2).

Die in Kapitel I dargestellten **Grundsätze für die Behandlung von DAWI** – Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – setzen auf Ebene der beihilfenrechtlichen Rechtfertigung an. Sie kommen also (erst) dann zum Tragen, wenn der Beihilfentatbestand gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Prüfung einer bestimmten Finanzierungsmaßnahme bejaht wurde. Eine Beihilfe liegt danach vor beim Einsatz staatlicher Mittel, mit denen Unternehmen eine selektive Begünstigung gewährt wird, die wenigstens potentiell geeignet ist, den Wettbewerb und den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen. Solche Beihilfen verfälschen

den Wettbewerb zwischen Unternehmen innerhalb des EU-Binnenmarktes und sind daher grundsätzlich verboten. Sie dürfen jedoch gewährt werden, soweit sie durch eine Einzelfallentscheidung der EU-Kommission oder aufgrund einer von der Kommission erlassenen abstraktgenerellen Regelung gerechtfertigt sind. Die DAWI-Grundsätze und die Regelungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO, siehe hierzu Band 1, Kapitel III, Ziffer 4) sind solche abstraktgenerellen Rechtfertigungsregelungen. Die Übergänge zwischen beiden Rechtfertigungslösungen sind in der Praxis dahingehend fließend, als oftmals beide als Handlungsoptionen in Betracht kommen. Formalrechtlich unterscheiden sich die Lösungen allerdings insoweit, als die beihilfenrechtliche Rechtfertigung von DAWI überwiegend auf Beschlüssen bzw. Mitteilungen der Kommission basiert, die AGVO hingegen als europäische Verordnung in allen EU-Mitgliedstaaten Gesetzesrang hat. Für einen **Vergleich zwischen DAWI-Freistellung, AGVO und De-Minimis-Verordnungen** siehe die Übersicht in Kapitel II, Ziffer 2, lit. d).

Die beihilfenrechtlichen Grundlagen für die Finanzierung von Infrastrukturen in Kapitel II betreffen sowohl die Ebene des Beihilfentatbestandes, als auch die beihilfenrechtliche Rechtfertigung. Neben Gestaltungsmöglichkeiten für den Ausschluss von Beihilfen gibt es auch auf Rechtfertigungsebene entsprechende Möglichkeiten diese rechtskonform zu gestalten, die in diesem Band ebenfalls aufgezeigt werden. So ist es zum Beispiel in einigen Fällen möglich, öffentliche Infrastrukturen als DAWI einzuordnen. Daneben sind ▶

- ▶ auch in der AGVO zahlreiche Regelungen betreffend bestimmter Arten von Infrastrukturen enthalten.

Soweit eine Maßnahme den Beihilfentatbestand erfüllt und nicht unter eine abstraktgenerelle Rechtfertigungsregelung fällt, ist die Beihilfe zwingend vor ihrer Gewährung bei der EU-Kommission anzumelden (zu „notifizieren“). Ohne eine Genehmigungsentscheidung der Kommission gewährte Beihilfen sind – ungeachtet ihrer Genehmigungsfähigkeit – formell rechtswidrig und daher grundsätzlich zurückzuzahlen. Entsprechende Bilanzierungspflichten (oder Bilanzkorrekturen) bei dem begünstigten Unternehmen sind die Folge. Kann der finanzielle Verlust beim Empfänger der Beihilfe nicht durch andere Mittel ausgeglichen werden, droht schlimmstenfalls die Insolvenz.

Vor diesem Hintergrund ist es insbesondere für Kommunen erforderlich, sich mit den beihilfenrechtlichen Grundlagen der Finanzierung von Daseinsvorsorge und Infrastrukturen auseinanderzusetzen. Bei jeder Fördermaßnahme auf lokaler Ebene sollte die Beihilfenrelevanz grundsätzlich im Vorfeld geprüft und die Prüfungshandlungen dokumentiert werden; gleiches gilt für die Anwendungsvoraussetzungen eventuell in Betracht kommender Rechtfertigungsregelungen. Wie die nachfolgenden Praxisbeispiele zeigen, ist insbesondere die Einordnung der geförderten Tätigkeit als Leistung der „Daseinsvorsorge“ und die Abgrenzung von sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten ohne Gemeinwohlbezug stets sorg-

fältig zu begründen. Neben der rechtlichen Einordnung ist regelmäßig eine sorgfältige Tätigkeitsanalyse erforderlich, um den Bedarf an staatlichen Beihilfen ermitteln zu können.

Der vorliegende Band der Leitfaden-Reihe soll dabei für Akteure auf Kommunal- und Landesebene eine Leitlinie durch die anwendbaren beihilfenrechtlichen Regelungen und die maßgebliche Entscheidungspraxis bieten. In diesem Sinne enthält Kapitel III eine **stichpunktartige Zusammenfassung des Vorgehens bei der beihilfenrechtlichen Beurteilung von Fördermaßnahmen auf lokaler Ebene als Empfehlung für die Praxis**. Wie für alle Bände der Reihe gilt, dass die Darstellung nicht auf alle einzelfallspezifischen Fragen eine Antwort geben und für jede denkbare Konstellation eine Lösung bieten kann. Dies zeigt alleine schon die Bandbreite der nachfolgenden Praxisbeispiele (siehe Kapitel I und II). Diese mögen als Richtschnur für die beihilfenrechtliche Behandlung vergleichbarer Maßnahmen dienen. Jeder Einzelfall bedarf aber stets einer genauen Prüfung anhand der konkreten Umstände.

KAPITEL I

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Der Inhalt im Überblick: Das Kapitel gibt einen Überblick über die beihilfenrechtlichen Maßstäbe bei der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), die in der deutschen Verwaltungspraxis regelmäßig als „Daseinsvorsorge“ eingeordnet werden. Der Text geht insbesondere auf die Gestaltung von Betrauungsakten ein und gibt entsprechende Praxisbeispiele.

1. BEGRIFF DER DAWI

Der Begriff DAWI (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) wird im Sprachgebrauch der EU-Kommission stets als bestehend vorausgesetzt. Eine Definition des Begriffs ist weder im europäischen Primärrecht (d. h. EUV, AEUV), noch in den sekundärrechtlichen Regelwerken vorhanden. In ihren eigenen Veröffentlichungen betont die EU-Kommission stets, dass es keine unionsweite, einheitliche DAWI-Definition geben könne, weil es in den einzelnen Mitgliedstaaten aus ihrer jeweiligen Staats- und Rechts-tradition heraus unterschiedliche Vorstellungen darüber gebe, welche Aufgaben als Leistungen der staatlichen „Daseinsvorsorge“ eingeordnet werden. Die Mitgliedstaaten hätten daher einen weiten Ermessensspielraum bei der Festlegung von einzelnen DAWI, der von der Kommission auch nur eingeschränkt überprüft werden könne. Die EU-Kommission und die Unionsgerichte beschränken sich bei der Prüfung der DAWI-Einordnung auf eine **Missbrauchskontrolle**. Sie prüfen im Rahmen eines eventuellen Verfahrens lediglich, ob dem Mitgliedstaat bei der Definition der DAWI ein „offenkundiger Fehler“ unterlaufen ist. Zu dieser Frage gibt es relativ wenige Entscheidungen, da es im DAWI-Bereich vergleichsweise selten zu Beschwerden von Wettbewerbern – und damit zu Prüfverfahren – kommt.

Aus der Praxis der Kommission ergibt sich, dass es sich bei einer Betrauung mit DAWI um die Übertragung einer „besonderen Aufgabe“ handelt. Dies betrifft die Erbringung von Dienstleistun-

gen, die ein Unternehmen, wenn es nur im eigenen wirtschaftlichen Interesse handelte, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte. Bei DAWI handelt es sich daher typischerweise um Leistungen, die zwar von der Allgemeinheit nachgefragt werden, aber für Anbieter keine oder nur geringe Renditen erwarten lassen. Gleichwohl ist alleine der Umstand, dass eine Dienstleistung nicht rentabel erbracht werden kann, nicht ausreichend, um sie als DAWI einzuordnen.

Folgende **kumulativen Kriterien für die Qualifizierung einer Leistung als DAWI** lassen sich aus der bisherigen Praxis ableiten:

- Es muss sich um **wirtschaftliche** Tätigkeiten handeln. Dieses Merkmal ergibt sich bereits aus dem Begriff „DAWI - Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, der explizit auf „wirtschaftliches Interesse“ abstellt. Nicht wirtschaftliche Tätigkeiten können also schon begrifflich keine DAWI darstellen. Das ist auch insoweit konsequent, als solche Tätigkeiten beihilfenrechtlich irrelevant sind und ihre Finanzierung durch den Staat daher keiner Rechtfertigung bedarf (siehe zur Abgrenzung Band 1, Kapitel II, Ziffer 2). Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten im beihilfenrechtlichen Sinne sind Tätigkeiten außerhalb eines Marktes, beispielsweise allgemeine Schul- oder Hochschulbildung oder soziale Fürsorge. Das Vorliegen eines Marktes für die jeweilige Tätigkeit, auf dem sich Anbieter und Nachfrager im Wettbewerb gegenüberstehen, indiziert regelmäßig eine wirtschaftliche Tätigkeit. ▶

- ▶ – Die Tätigkeiten müssen im **Interesse der Allgemeinheit** erbracht werden. Ein solches Allgemeininteresse liegt regelmäßig vor, wenn die jeweiligen Leistungen im öffentlichen Interesse für die gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung unverzichtbar sind. Ein starkes Indiz für ein Handeln zu Gunsten der Allgemeinheit liegt darin, dass Unternehmen auch dort tätig werden, wo dies ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen widerspricht. Das ist vor allem bei unrentablen Dienstleistungen der Fall, die zur Versorgung der Bevölkerung gleichwohl erbracht werden müssen, etwa im Bereich sozialer Wohnungsbau und beim Betrieb von Sporteinrichtungen für den Breitensport. Ein Allgemeininteresse verneint hat die Kommission z. B. für die Tierkörperbeseitigung durch einen kommunalen Zweckverband. Diese Tätigkeit erfolge nicht im Interesse der allgemeinen Bevölkerung, sondern primär im Interesse der Erzeuger tierischer Abfälle (Entscheidung vom 25. April 2012, SA.25051, ABl. EU L 236, S. 1). Auch bei der Bereitstellung eines Breitbandzugangs, der sich ausschließlich auf Gewerbeparks beschränke und somit nicht der breiten Bevölkerung zu Gute komme, hat die Kommission die Einordnung als DAWI mangels Allgemeininteresses abgelehnt (Entscheidung vom 10. Juli 2007, N890/2006 (SICOVAL), ABl. EU C 218, S. 1).
- Bei der Erbringung der Tätigkeiten muss ein **Marktversagen** zu beobachten sein. Das liegt dann vor, wenn die jeweilige Leistung ohne Intervention der öffentlichen Hand nicht in aus-

reichender Qualität und Umfang erbracht würde. Auch hier kann der soziale Wohnungsbau als Beispiel angeführt werden: Private Unternehmen sind zumindest in Großstädten nicht bereit bzw. in der Lage, ohne staatliche Förderung Wohnraum zu Preisen anzubieten, die auch für Geringverdiener erschwinglich sind. Ein Marktversagen verneint hat die Kommission dagegen etwa im Falle von Fährverbindungen zwischen Marseille und Korsika (Entscheidung vom 2. Mai 2013, SA.22843 (SNCM), ABl. EU L 220, S. 20). In diesem Fall wurde bemängelt, dass der Beihilfengeber auch den touristischen Fährverkehr in der Hauptreisezeit (Sommer) bezuschusste, für den kein Marktversagen erkennbar sei.

2. DAS DAWI-PAKET DER EU-KOMMISSION

Der Begriff der DAWI wird im europäischen Primärrecht in Art. 106 Abs. 2 AEUV erwähnt. Danach sind auf Unternehmen, die DAWI erbringen, die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des AEUV (damit auch das Beihilfenrecht) zwar grundsätzlich anwendbar. Deren Anwendung darf jedoch nicht dazu führen, dass die Erfüllung der DAWI durch die Unternehmen verhindert wird.

Keine Beihilfe nach Altmark Trans-Entscheidung des EuGH, wenn:

- detaillierter Betrauungsakt
- definierter Ausgleichsmechanismus
- keine Überkompensation
- Effizienzgebot beachtet

a) Die Altmark Trans-Entscheidung

Die primärrechtliche Grundlage des Beihilfenbegriffs wurde vom EuGH in der vielbeachteten **Altmark Trans-Entscheidung** (EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00) konkretisiert. Das Gericht hat ▶

- ▶ hierbei Grundsätze aufgestellt, nach denen staatliche Zuwendungen an Unternehmen bereits **tatbestandlich** nicht als Begünstigung und damit auch nicht als Beihilfen einzuordnen sind.

Sind die nachfolgend dargestellten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, ist nach der Altmark Trans-Entscheidung eine **Begünstigung** des Zuwendungsempfängers ausgeschlossen:

- **Betrauungsakt:** Das Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung einer DAWI betraut sein; diese Verpflichtungen müssen im Betrauungsakt klar definiert werden.
- **Ausgleichsmechanismus:** Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent festzulegen.
- **Überkompensationsverbot:** Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken.
- **Effizienzgebot:** Das betraute Unternehmen ist entweder als das wirtschaftlich Günstigste im Rahmen eines transparenten, öffentlichen Vergabeverfahrens ausgewählt worden, oder die Ausgleichsleistungen müssen auf die Nettokosten beschränkt sein, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen für die Erbringung der betrauten DAWI haben würde.

Diese Grundsätze bilden den Ausgangspunkt für die späteren DAWI-Pakete, weswegen sich die anwendbaren Kriterien sehr ähnlich sind. Der Freistellungsbeschluss als zentraler Bestandteil des DAWI-Pakets greift drei der o. g. Voraussetzungen des EuGH auf. Altmark Trans und DAWI-Paket setzen jedoch an unterschiedlichen Punkten an: Die Erfüllung der Altmark Trans-Kriterien führt dazu, dass eine Finanzierungsmaßnahme schon nicht als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen ist. Dagegen betrifft das DAWI-Paket die Rechtfertigungsebene, also die Frage, unter welchen Umständen tatbestandliche Beihilfen als gerechtfertigt angesehen werden können und damit vor Gewährung nicht notifiziert werden müssen.

EXKURS: UNTERSCHIEDE ZWISCHEN ALTMARK TRANS UND FREISTELLUNGSBESCHLUSS

Die Kriterien nach Altmark Trans und Freistellungsbeschluss unterscheiden sich lediglich im letzten Kriterium, namentlich dem **Effizienzgebot**. Im Rahmen des Freistellungsbeschlusses spielt dies keine Rolle. Das zusätzliche Kriterium soll nach den Vorstellungen des EuGH verhindern, dass Ineffizienzen durch staatliche Mittel subventioniert werden. Die Vergabe des DAWI-Auftrags im Wege eines öffentlichen Vergabeverfahrens soll dies sicherstellen, weil das Vergaberecht darauf zielt, den Bieter mit den günstigsten Konditionen/der besten Kostenstruktur auszuwählen. Diese Anforderungen können durch ein offenes oder nicht offenes Vergabeverfahren im Sinne von Art. 27 und 28 der aktuellen Vergaberichtlinie (Richtlinie ▶

- ▶ 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, ABl. EU L 94, S. 65) gewährleistet werden; ein Verhandlungsverfahren erfüllt die Anforderungen nach Ansicht der Kommission regelmäßig nicht (vgl. Anwendungshilfe der EU-Kommission, dort zu Frage 67).

Erfolgt keine Ausschreibung, muss die öffentliche Hand ihre Ausgleichsleistung auf die Kosten eines (fiktiven) effizienten Auftragnehmers beschränken. Der EuGH bestimmt dies in der Altmark Trans-Entscheidung anhand des Begriffs eines „**durchschnittlich, gut geführten Unternehmens**“, der dem Beihilfenrecht bis dato fremd war. Eine allgemeingültige Definition des Begriffs und anerkannte Maßstäbe, wann von einem „gut geführten“ Unternehmen ausgegangen werden kann, gibt es nicht. In ihren Veröffentlichungen hierzu weist die Kommission darauf hin, dass die Mitgliedstaaten sich bei der Analyse auf objektive Kriterien stützen sollen, anhand derer typischerweise beurteilt wird, ob ein Unternehmen gut geführt wird. Dabei soll der Mitgliedstaat der Größe und der etwaigen Marktmacht eines Unternehmens sowie spezifischen Besonderheiten und Kostenstrukturen in den verschiedenen Wirtschaftszweigen Rechnung tragen. Vor diesem Hintergrund ist die Errichtung eines Betrauungsaktes nach den Altmark Trans-Vorgaben erheblich aufwändiger als im Falle des Freistellungsbeschlusses.

b) Das DAWI-Paket im Überblick

Auf der Grundlage der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH hat die EU-Kommission im Jahr 2005 erstmals ein Paket von Regelungen beschlossen, das allgemeine Grundsätze für die beihilfenrechtliche Rechtfertigung von Zuwendungen an Unternehmen der Daseinsvorsorge enthält. Nach dem damaligen Wettbewerbskommissar Mario Monti wurde dieses Paket als „Monti-Paket“ bekannt. Unter seinem Nachfolger Joaquín Almunia wurden die Regelungen 2012 erneuert und werden seitdem auch als „Almunia-Paket“ bezeichnet. Aktuell umfasst das Paket folgende Regelungen:

- Die aus kommunaler Sicht wichtigste Regelung des Pakets ist der sogenannte **Freistellungsbeschluss** (Beschluss vom 20. Dezember 2011, 2012/21/EU, ABl. EU L 7, S. 3). Er legt fest, unter welchen Voraussetzungen staatliche Ausgleichsleistungen für DAWI als beihilfenrechtlich gerechtfertigt gelten und damit von der Notifizierungspflicht freigestellt sind.
- In der **DAWI-Mitteilung** (Mitteilung vom 11. Januar 2012, ABl. EU C 8, S. 4) gibt die Kommission Hinweise auf den Anwendungsbereich der DAWI-Regelungen. Die Mitteilung definiert zudem einige der im Rahmen der Anwendung der Regelungen relevanten Begriffe.
- Weiterer Bestandteil ist der **Unionsrahmen für Ausgleichsleistungen für DAWI** (Mitteilung vom 11. Januar 2012, 2012/C 8/03, ABl. EU C 8, S. 15). Dieser ist nach Tz. 7 auf DAWI-Ausgleichsleistungen anwendbar, die nicht unter den Anwendungs- ▶

- ▶ bereich des Freistellungsbeschlusses fallen. Fällt die jeweils vorliegende Konstellation nicht in eine der in Art. 2 des Beschlusses genannte Fallgruppen (siehe nachfolgend unter lit. c) (1)), ist der Freistellungsbeschluss nicht anwendbar und die Beihilfe muss bei der EU-Kommission notifiziert werden. Der Unionsrahmen enthält die Maßstäbe, welche die Kommission bei der Vereinbarkeitsprüfung solcher Beihilfen anlegt. Er konkretisiert insoweit die primärrechtliche Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Die Vereinbarkeitsvoraussetzungen sind nahezu deckungsgleich mit den Freistellungsbedingungen nach dem Freistellungsbeschluss.
- **Die DAWI-De-Minimis-Verordnung** (Verordnung (EU) Nr. 360/2012 vom 25. April 2012, ABl. EU L 114, S. 8) schließlich enthält besondere Schwellenwerte für Beihilfen zugunsten von DAWI-Erbringern, bei deren Einhaltung keine Binnenmarktrelevanz angenommen wird und die daher aus dem Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgeklammert sind. Die Verordnung entspricht inhaltlich weitgehend der allgemeinen De-Minimis-Verordnung (vgl. hierzu Band 2, Kapitel VI); es gilt aber ein erhöhter Schwellenwert von 500.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Steuerjahren.

In der beihilfenrechtlichen Praxis besteht oftmals Unsicherheit über die korrekte Anwendung der vorstehend beschriebenen Regelungen, insbesondere da diese eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen verwenden, die der nationalen Rechtspraxis fremd sind. Die EU-

Kommission hat vor diesem Hintergrund eine Anwendungshilfe in Form eines Fragen-Antwort-Katalogs veröffentlicht, der bei Zweifelsfragen ergänzend herangezogen werden kann (Leitfaden vom 29. April 2013, SWD (2013) 53, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf).

c) Die Bestandteile des Pakets im Einzelnen

(1) Freistellungsbeschluss

Der Freistellungsbeschluss regelt, wann staatliche Fördermaßnahmen für DAWI als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen sind und von der Anmeldepflicht befreit sind. Sein Anwendungsbereich umfasst gemäß Art. 2 folgende **Fallgruppen**:

- DAWI-Ausgleichsleistungen von **bis zu 15 Mio. Euro pro Jahr**;
- im sozialen Bereich: Ausgleichsleistungen an Krankenhäuser, Gesundheitsdienste und Pflegeheime, Kindergärten, sowie für Arbeitsmarktdienstleistungen, sozialen Wohnungsbau und soziale Dienste;
- im Verkehrsbereich: Ausgleichsleistungen für Flug- und Schiffsverbindungen zu Inseln mit nicht mehr als 300.000 Passagieren pro Jahr, sowie für DAWI in kleinen Flughäfen (bis zu 200.000 Passagiere jährlich) und kleinen Seeverkehrshäfen (bis zu 300.000 Passagiere jährlich). ▶

- ▶ Im Sozial- und Verkehrsbereich gilt die Begrenzung auf 15 Mio. Euro jährlich nicht. Staatliche Zuwendungen an Unternehmen, die sich einer dieser Fallgruppen zuordnen lassen, können ungeachtet ihrer Einordnung als Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ohne vorherige Notifizierung gewährt werden, wenn die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses eingehalten wurden. Sie gelten in diesem Falle als gerechtfertigt.

Erforderlich für die Rechtfertigung ist eine Betrauung des Beihilfenempfängers. Wie diese ausgestaltet sein muss und welche weiteren Voraussetzungen zu erfüllen sind, ist unter nachfolgender Ziffer 3. ausführlich dargestellt.

(2) DAWI-De-Minimis-Verordnung

Die DAWI-De-Minimis-Verordnung enthält die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen davon auszugehen ist, dass eine staatliche Zuwendung an einen DAWI-Erbringer bereits **tatbestandlich** keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Nach Erwägungsgrund (3) der Verordnung ist bei Zuwendungen bis zu dem in der Verordnung genannten Höchstbetrag nicht damit zu rechnen, dass diese zu einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels oder einer Verfälschung des Wettbewerbs führen.

Die Verordnung gilt laut Art. 1 Abs. 1 ausschließlich für Beihilfen an DAWI-Erbringer. In Abs. 2 werden eine Reihe von Branchen aus dem Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen, u. a. die Be-

reiche Landwirtschaft, Kohle und Spedition, aber auch Unternehmen in Schwierigkeiten (siehe hierzu Band 2, Kapitel VII). Nach Art. 2 Abs. 2 liegt der Höchstbetrag der nach der Verordnung zulässigen Zuwendungen bei **500.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Wirtschaftsjahren**. Dieser Höchstbetrag gilt für den Fall, dass dem Unternehmen Barzuwendungen (also Zuschüsse) gezahlt werden. Erfolgt die Zuwendung in anderer Form (etwa als Darlehen oder Bürgschaft), kommt es auf das **Bruttosubventionsäquivalent** der jeweiligen Zuwendung an. Damit ist der Beihilfenwert einer Maßnahme gemeint, also das Delta zwischen marktüblichen/beihilfefreien Konditionen und den tatsächlich gewährten Konditionen.

Voraussetzung ist nach Maßgabe von Art. 2 Abs. 4 insoweit, dass sich das Bruttosubventionsäquivalent einer Maßnahme im Voraus genau berechnen lässt („transparente Beihilfe“). Nur **Barzuschüsse** gelten als von vorneherein transparent, da hierbei der gesamte Zuschussbetrag die Beihilfe darstellt. **Kapitalzuführungen** und **Risikokapitalmaßnahmen** gelten nach Art. 2 Abs. 4 lit. b) und c) nur dann als transparent, wenn der Gesamtbetrag der auf diese Weise zugeführten Mittel den Höchstbetrag nach Art. 2 Abs. 2 nicht überschreitet. Mit anderen Worten: bei diesen Zuwendungsformen geht die Kommission davon aus, dass der Gesamtbetrag als Bruttosubventionsäquivalent einzuordnen ist. **Darlehen** gelten als transparent, wenn das Bruttosubventionsäquivalent auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Bewilligung geltenden **Referenzzinssatzes** ermittelt wurde (vgl. hierzu Band 2, Kapitel V). ▶

- ▶ **Bürgschaften** gelten als transparente Beihilfen, wenn **entweder** die Bürgschaft aufgrund einer **Bürgschaftsregelung** gewährt wird, der **Bürgschaftsbetrag** maximal 3.750.000 Euro beträgt und die Bürgschaft nicht mehr als **80 %** des jeweiligen Darlehens verbürgt, **oder** die Methode zur Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents einer Bürgschaft von der EU-Kommission genehmigt wurde und die genehmigte Methode ausdrücklich die Art der Bürgschaft und die Art der zugrundeliegenden Transaktion betrifft. Ausnahmsweise ist für DAWI auch eine Vollbürgschaft zulässig, dazu ausführlich in Band 2, Kapitel V, Ziff. 2, lit. c).

(3) DAWI-Unionsrahmen

Der **DAWI-Unionsrahmen** enthält die Prüfungsmaßstäbe, welche die Kommission anwendet, wenn von ihr eine Beihilfe für DAWI notifiziert wird (Rn. 7). Der Unionsrahmen ist in Gestalt einer Mitteilung der EU-Kommission erlassen. Das heißt, er ist nominal zwar rechtlich unverbindlich, die Kommission wendet ihn jedoch im Rahmen einer Selbstbindung ihrer Verwaltungspraxis in den von ihm erfassten Fällen stets an. Sein **Anwendungsbereich** umfasst danach Beihilfen für DAWI, die nicht unter den Freistellungsbeschluss fallen (z. B. weil ihr Betrag über 15 Mio. Euro liegt) und nicht nach der DAWI-De-Minimis-Verordnung von der Notifizierung befreit sind. In diesen Fällen ist also eine **Anmeldung der Beihilfe** bei der Kommission erforderlich.

Die Voraussetzungen, unter denen die Kommission eine angemeldete Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären kann, sind in Ziffer 2 des Unionsrahmens geregelt. Sie ähneln sehr stark den Freistellungsvoraussetzungen des Freistellungsbeschlusses (vgl. hierzu im Folgenden Ziffer 3), gehen aber teilweise darüber hinaus:

- Es muss sich um eine **echte DAWI** im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV handeln, die dem jeweiligen Unternehmen mittels eines **Betrauungsaktes** verbindlich auferlegt wurde. Hinsichtlich des Inhalts des Betrauungsaktes ergibt sich kein Unterschied zu einer Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss. Im Rahmen der Notifizierung muss aber nach Rn. 14 des Unionsrahmens nachgewiesen werden, dass der Bedarf an der DAWI (also das Allgemeininteresse) durch eine öffentliche Konsultation oder andere angemessene Mittel genau geprüft wurde.
- Anders als im Rahmen des Freistellungsbeschlusses (dort Art. 2 Abs. 2), ist der **Betrauungszeitraum** im Unionsrahmen nicht auf regelmäßig 10 Jahre gedeckelt. Maßgeblich ist nach Rn. 17 vielmehr der Abschreibungszeitraum der für die DAWI erforderlichen Vermögenswerte.
- Die **Transparenzrichtlinie** sowie die **vergaberechtlichen Vorschriften** sind im Rahmen der Betrauung und der Abwicklung der Ausgleichsleistungen zu beachten; bei mehreren betrauten Unternehmen darf es nicht zu einer Diskriminierung eines oder mehrerer davon kommen (Rn. 18–20). ▶

- ▶ – Die Regelungen zur Höhe der **Ausgleichsleistungen** in den Rn. 21 bis 46 sind fast wortlautgleich mit den entsprechenden Vorgaben des Freistellungsbeschlusses. Auch hier bilden die **Nettokosten** der DAWI die Obergrenze. Diese können entweder durch Vergleich der DAWI-bezogenen Einnahmen und Kosten ermittelt werden oder mittels eines Vergleichsszenarios, in welchem das betraute Unternehmen die DAWI nicht ausführt. Auch die Vorgaben hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Einnahmen und Kosten unterscheiden sich nicht vom Freistellungsbeschluss. Der Unionsrahmen enthält aber die weitergehende Vorgabe, dass in der Anmeldung die Angemessenheit des berücksichtigten **Gewinns** nachgewiesen werden muss. Anders als im Rahmen des Freistellungsbeschlusses sind auch zwingend **Effizienzanzreize** für das betraute Unternehmen vorzusehen, etwa durch Festlegung eines pauschalen Höchstbetrages für die Ausgleichsleistungen oder von Vorgaben zur Steigerung der Effizienz (Rn. 39 ff.). Die Rn. 44 ff. schließlich enthalten Vorgaben für die Berechnung der Ausgleichsleistungen in dem Fall, dass das betraute Unternehmen **weitere wirtschaftliche Tätigkeiten** außerhalb der DAWI erbringt.
- In den Rn. 47 bis 50 enthält der Unionsrahmen Vorgaben für die **Überkompensationskontrolle**, die ebenfalls weitgehend den Regelungen im Freistellungsbeschluss entsprechen.
- Die Kommission behält sich allerdings in den Rn. 51 ff. ausdrücklich vor, dem notifizierenden Mitgliedstaat **weitergehende Auflagen** über die vorstehend genannten hinaus zu erteilen.

Denkbar ist dies nach dem Wortlaut des Unionsrahmens in Fällen, in denen mit „schwerwiegenden“ Auswirkungen der notifizierten Beihilfe auf den Wettbewerb zu rechnen ist. Die Kommission nennt beispielhaft die Fälle, dass die Dauer der Betrauung nicht nach objektiven Kriterien erfolgte, die betraute DAWI nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens vergeben wurde oder zu „Dumpingpreisen“ angeboten wird, dem betrauten Unternehmen ausschließliche Rechte verliehen werden, die den EU-weiten Wettbewerb beschränken oder durch die Betrauung eine Monopolstellung im Hinblick auf eine nicht reproduzierbare Infrastruktur geschaffen wird.

PRAXISBEISPIEL: REGIONALFLUGHAFEN

Unter dem Unionsrahmen hat die Kommission beispielsweise den Ausgleich der jährlichen Betriebsverluste eines schwedischen Regionalflughafens für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt (Entscheidung vom 19. Januar 2016, SA.38757 (Skelleftea Airport), Rn. 46 ff.). Den Schwerpunkt ihrer Prüfung bildete dabei die Frage, ob es sich bei der betrauten Aufgabe (Sicherstellung ausreichender Flugverbindungen in die dünnbesiedelte Region) um eine echte DAWI handelt und die gewährten Ausgleichsleistungen die aus der DAWI resultierenden Nettokosten nicht übersteigen. Die Kommission hat dabei festgestellt, dass der Flughafen erforderlich ist, um ausreichende Verkehrsverbindungen aus der Region in größere Städte zu sichern. Denn die nächsten erreichbaren Flughäfen in der Umgebung seien zu weit entfernt, um etwa im Falle schlechten Wetters (die ▶

- ▶ Region liegt in der Nähe des Polarkreises) annehmbare Reisezeiten einzuhalten. Aufgrund der Randlage sei ohne finanzielle Unterstützung die Wahrscheinlichkeit groß, dass der Flughafen kurzfristig nicht überleben kann. Insoweit handele es sich bei dem Betrieb des Flughafens um eine echte DAWI. Weiterhin stellte die Kommission fest, dass die Vorgaben des Betrauungsaktes ausreichende Regelungen zur Verhinderung von Überkompensationen beinhalteten. Die gewährten Zuwendungen (ein fester Zuschuss und ein variabler, retropektiv bestimmter Ausgleich der Unterdeckung) gingen daher nicht über den tatsächlichen Ausgleichsbedarf hinaus.
-

3. GESTALTUNG EINES BETRAUUNGSAKTES

Der Abschnitt im Überblick: Nachfolgend werden die wesentlichen Schritte im Rahmen der Ausgestaltung eines Betrauungsaktes erläutert. Die Darstellung orientiert sich dabei an der Herangehensweise der Praxis an die entsprechenden Anforderungen des Freistellungsbeschlusses.

a) Analyse der (wirtschaftlichen) Betätigungen und Abgrenzung der DAWI

Aus Art. 4 Satz 2 lit. a)-f) des Freistellungsbeschlusses ergibt sich, dass der Betrauungsakt inhaltlich genau bestimmt sein muss. Insbesondere hat der Betrauungsakt nach Art. 4 Satz 2 lit. a) des Freistellungsbeschlusses den Gegenstand der betrauten DAWI ausdrück-

lich zu bezeichnen. Daher ist zunächst zu ermitteln, welche Tätigkeiten des Unternehmens überhaupt als wirtschaftlich und sodann, welche davon als DAWI eingeordnet werden können: Denn nicht wirtschaftliche Tätigkeiten sind beihilfenrechtlich irrelevant und Nicht-DAWI dürfen nicht durch DAWI-Ausgleichsleistungen finanziert werden.

Im ersten Schritt sind daher diejenigen Tätigkeiten zu bestimmen, die als „Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an einem Markt“ qualifiziert werden können und damit überhaupt geeignet sind, den Beihilfentatbestand zu erfüllen (siehe hierzu Band 1, Kapitel 2, Ziffer 2). In Abgrenzung hierzu können Tätigkeiten ohne Marktbezug im Rahmen der Betrauung eines Unternehmens außer Betracht bleiben. Tätigkeiten ohne Marktbezug sind insbesondere hoheitliche Tätigkeiten ohne wirtschaftlichen Bezug, wie etwa der Strafvollzug oder die Flugsicherung.

Innerhalb der identifizierten wirtschaftlichen Tätigkeiten ist weiter zu unterscheiden einerseits nach Tätigkeiten, die im Allgemeininteresse erbracht werden und bei denen ein Marktversagen beobachtet werden kann und andererseits nach solchen Tätigkeiten, bei denen zumindest eines der beiden vorgenannten Merkmale fehlt. Nur Tätigkeiten, bei denen die o. g. DAWI-Merkmale vollständig erfüllt sind, dürfen in den Betrauungsakt aufgenommen werden. Die DAWI-Tätigkeiten sind dabei hinreichend präzise zu definieren, um zu vermeiden, dass die Kommission einen offensichtlichen Fehler ▶

- ▶ erkennt. Dies wird deutlich in einer Entscheidung der Kommission zu Beihilfen zugunsten der Hafenbehörde von Neapel (Entscheidung vom 28. Juni 2016, SA.36112, ABl. EU C 369, S. 78). Die Kommission hat hier ein förmliches Prüfverfahren eröffnet, weil die konkret geförderten DAWI-Tätigkeiten nicht hinreichend präzisiert worden seien.

Ausgangsbasis für diese Analyse können Satzung und Geschäftsberichte des jeweiligen Unternehmens sowie eventuell bestehende Spartenbuchhaltungen o. ä. bilden. Diese sind allerdings oftmals nach anderen Abgrenzungsmaßstäben erstellt worden und müssen daher einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Generell gilt: Maßstab für die Aufteilung ist stets der tatsächlich ausgeübte Tätigkeitsumfang des Unternehmens, nicht ein eventuelles, ex ante erstelltes Tätigkeitsprofil. Insoweit ist ein sorgfältiger Abgleich mit dem konkreten Aufgabenbereich erforderlich.

b) Bestimmung der Parameter für die Ausgleichsleistungen

Nach Art. 4 Satz 2 lit. d) sind die „Parameter“ für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen im Betrauungsakt zwingend anzugeben. Was unter dem Begriff „Parameter“ in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, wird im Freistellungsbeschluss hingegen nicht ausgeführt. Aus der oben angesprochenen Anwendungshilfe, dem Leitfaden der Kommission vom 29. April 2013 (SWD (2013) 53, dort zu Frage 116) ergibt sich, dass der Freistellungsbeschluss aus Sicht der Kommission lediglich eine

möglichst präzise Angabe der Grundlagen für die Berechnung der zukünftigen Ausgleichsleistungen verlangt. Nach Auffassung der Kommission ist grundsätzlich auch ein vollständiger nachträglicher Ausgleich der gesamten DAWI-Kosten möglich. Aus dieser Vorgabe wird in der Praxis der Schluss gezogen, dass es ausreicht, wenn im Betrauungsakt diejenigen Kosten- und Einnahmenpositionen, die bei der Ermittlung der Ausgleichsleistungen (siehe hierzu sogleich) angesetzt werden können, so genau wie möglich angegeben werden. Regelmäßig wird dabei auf den Wirtschaftsplan des betrauten Unternehmens verwiesen, der diese Parameter enthält. Dies können zum Beispiel bei einem Schwimmbad oder einem Theater die Anzahl der Besucher oder die Fallzahlen eines Krankenhauses sein.

c) Ermittlungsmethoden des Kostenausgleichs

Im Rahmen einer DAWI-Betrauung ausgleichsfähig sind nach Art. 5 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses die aus der Erfüllung der DAWI resultierenden „**Nettokosten**“. Abs. 2 der Regelung nennt zwei verschiedene Methoden zur Berechnung dieser Nettokosten:

- **Netto-Kosten-Methode:** Zum einen können die Nettokosten aus der Differenz von DAWI-bezogenen Kosten und Einnahmen ermittelt werden. Art. 5 Abs. 3 regelt dabei, welche Kostenpositionen ansatzfähig sind. Dies sind alle der DAWI direkt zurechenbaren unmittelbaren Kosten sowie ein angemessener Anteil an den Fixkosten. Soweit für die Erbringung der DAWI Investitionen (etwa in Infrastrukturen) erforderlich sind, können ▶

- ▶ auch diese angesetzt werden; üblicherweise werden hierzu die jährlichen Abschreibungen herangezogen. Berücksichtigungsfähig ist nach Art. 5 Abs. 1 auch ein „angemessener“ Gewinn des Unternehmens aus der jeweiligen DAWI. Angemessen in diesem Sinne ist nach Abs. 5 die Kapitalrendite, die ein durchschnittliches Unternehmen erwarten würde, um sich für die Erbringung der jeweiligen DAWI zu entscheiden. Erfahrungsgemäß bereitet die Bestimmung des „angemessenen“ Gewinns in der Praxis nicht unerhebliche Probleme. Oftmals werden in Betrauungsakten pauschale (kalkulatorische) Gewinnzuschläge auf die DAWI-Kosten festgelegt, deren Höhe aber stets einer nachvollziehbaren Begründung bedarf. Welcher Betrag „angemessen“ im Sinne der DAWI-Vorschriften ist, unterscheidet sich je nach betroffenem Wirtschaftssektor und Situation des betrauten Unternehmens. Im Verkehrsbereich hat die EU-Kommission z. B. Gewinnmargen von 5 % (Entscheidung vom 7. April 2009, N206/2009 – Anhalt-Bitterfeld) und 7,85 % (Entscheidung vom 26. November 2008, C 3/2008 – CAS Services) als angemessen anerkannt.
- **Bruttosubventionsäquivalent:** Zum anderen können die Nettokosten der DAWI durch einen Vergleich mit einem fiktiven Alternativszenario ermittelt werden. Dabei werden die Nettokosten des betrauten Unternehmens unter Berücksichtigung der DAWI denjenigen Nettokosten (oder –gewinnen) gegenübergestellt, die das Unternehmen hätte, wenn es die DAWI nicht erbringen

würde. Mit anderen Worten: diese Methode erfordert eine Prognose der finanziellen Entwicklung der Unternehmenskennzahlen ohne Berücksichtigung der DAWI. Eine solche Prognose sorgfältig und belastbar zu erstellen, ist oftmals sehr aufwändig. Zudem werden viele Unternehmen der öffentlichen Hand gerade zu dem Zweck gegründet, eine DAWI zu erbringen. Ein Alternativszenario ohne DAWI ist in diesen Fällen regelmäßig überhaupt nicht darstellbar. Vor diesem Hintergrund hat sich diese Methode in der Praxis gegenüber der oben geschilderten ersten Methode bisher nicht durchsetzen können.

Unabhängig von der gewählten Berechnungsmethode sind die Nettokosten der DAWI in einem „atmenden System“ auszugleichen. Dies bedeutet, dass die voraussichtlichen Nettokosten grundsätzlich zu Beginn eines Wirtschaftsjahres prognostiziert werden. In der Praxis erfolgt dies regelmäßig im Rahmen des Wirtschaftsplanes eines Unternehmens, der üblicherweise vom Rat der betrauenden Gemeinde zumindest zur Kenntnis genommen wird. Auf diese Nettokosten können unterjährige „Abschlagszahlungen“ erfolgen, etwa als quartalsweise Zuschüsse. Nach Abschluss des Wirtschaftsjahres erfolgt sodann im Jahresabschluss des Unternehmens eine „Abrechnung“ in Höhe der tatsächlichen Nettokosten mit den gewährten Abschlagszahlungen. Auch der Jahresabschluss wird bei kommunalen Beteiligungen regelmäßig vom Gemeinderat zur Kenntnis genommen.

d) Vermeidung von Überkompensation und Kontrolle

Laut der Vorgabe in Art. 4 Satz 2 lit. e) des Freistellungsbeschlusses muss der Betrauungsakt zwingend Regelungen enthalten, die vermeiden, dass es durch die Ausgleichsleistungen beim Beihilfenempfänger zu einer Überkompensation seiner Nettokosten kommt; zudem ist ein Rückforderungsmechanismus für eventuelle Überkompensationen vorzusehen. Zu einer Überkompensation kann es etwa dann kommen, wenn die DAWI-Nettokosten in der Prognose zu Beginn des Wirtschaftsjahres zu hoch angesetzt waren und daher die gewährten unterjährigen Abschlagszahlungen die tatsächlichen Nettokosten übersteigen. Das Entstehen von Überkompensationen kann grundsätzlich nur durch sorgfältige Prognosen und zurückhaltende Festsetzung der Abschlagszahlungen verhindert werden. Insoweit werden dem betrauten Unternehmen im Betrauungsakt üblicherweise entsprechende Sorgfaltspflichten auferlegt. Für den Fall, dass es doch zu einer Überkompensation kommt, muss im Betrauungsakt geregelt sein, dass die Überzahlung grundsätzlich zurückgeführt werden muss (vgl. Art. 6 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses). Lediglich in dem Fall, dass die gezahlten Abschläge die tatsächlichen Nettokosten um nicht mehr als 10% des durchschnittlichen jährlichen Ausgleichs übersteigen, ist es zulässig, dass die Überzahlung alternativ vorgetragen und im nachfolgenden Geschäftsjahr mindernd berücksichtigt werden kann.

Art. 6 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses verpflichtet Beihilfengeber zu regelmäßigen Kontrollen im Hinblick auf das Vorliegen

von Überkompensationen, mindestens alle drei Jahre. Eine solche Kontrolle wird regelmäßig dadurch sichergestellt, dass die Wirtschaftspläne und Jahresabschlüsse, in denen das betraute Unternehmen die Prognose und Abrechnung der Ausgleichsleistungen dokumentiert, vom Rat der betrauenden Gemeinde zur Kenntnis genommen werden.

e) Ausschluss von Quersubventionierung:

Trennungsrechnung

Aus Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses ergibt sich, dass Ausgleichsleistungen beihilfenrechtlich nur insoweit gerechtfertigt sind, als sie tatsächlich für DAWI gewährt werden. Es ist daher zu vermeiden, dass ggf. vorhandene weitere wirtschaftliche Tätigkeiten des Beihilfenempfängers (die nicht als DAWI eingeordnet werden können) von den Ausgleichsleistungen profitieren. Eine Quersubventionierung dieser Bereiche muss ausgeschlossen werden.

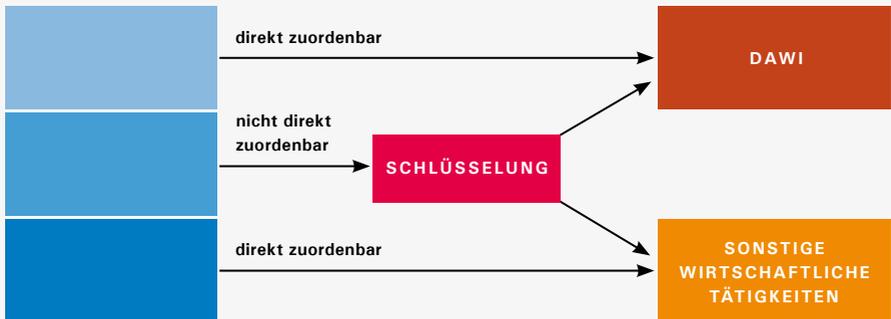
Dieses Erfordernis folgt auch aus der Transparenzrichtlinie der EU-Kommission (Richtlinie 2006/111/EG vom 16. November 2006, ABl. EU L 318, S. 17), die in engem thematischen und systematischen Zusammenhang mit dem Almunia-Paket steht. Die Richtlinie verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten zu einer transparenten Gestaltung der finanziellen Beziehungen staatlicher Stellen zu Unternehmen. Insbesondere soll dazu die Bereitstellung öffentlicher Mittel zugunsten öffentlicher Unternehmen offengelegt werden; gleiches gilt für die Verwendung dieser Mittel. Die nationale Um- ▶

- ▶ setzung dieser Richtlinie in Deutschland erfolgt durch das Transparenzrichtlinie-Gesetz (TranspRLG). Aus § 3 TranspRLG ergibt sich, dass mit der Erbringung von DAWI betraute Unternehmen verpflichtet sind, die Kosten und Einnahmen der DAWI getrennt von den Kosten und Einnahmen weiterer wirtschaftlicher Tätigkeiten zu erfassen.

In der Praxis erfordert dies eine Aufteilung sowohl der direkt zurechenbaren Kosten als auch angemessener Anteile der Gemeinkosten (**Vollkostenrechnung**) zu den DAWI und den sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten des Beihilfenempfängers. Gleichsam ist auf der Erlösseite zwischen den Einnahmen aus der Erbringung der DAWI und sonstigen Einnahmen zu trennen. Der Bedarf an Ausgleichsleistungen ergibt sich aus der Gegenüberstellung der so zugeordneten Kosten und Einnahmen der DAWI, die regelmäßig eine Kostenunterdeckung zeigen wird. Die sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten sind hingegen grundsätzlich kostendeckend zu betreiben, soweit sie nicht unter eine andere Freistellungsregelung fallen (etwa die De-Minimis-Verordnung). Auch dies kann und muss mithilfe der Trennungsrechnung nachvollziehbar dokumentiert werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass Leistungen intern quersubventioniert werden.

SCHEMATISCHER AUFBAU EINER TRENNUNGSRECHNUNG

KOSTENSTELLE



BEISPIELHAFT E DARSTELLUNG EINER TRENNUNGSRECHNUNG IM ANHANG ZUM JAHRESABSCHLUSS:

	Einnahmen	Ausgaben	Saldo
DAWI	25.000	165.000	-140.000
Sonstige wirtschaftliche Tätigkeiten	365.000	285.000	80.000
Summe	390.000	450.000	-60.000

4. UMSETZUNG DES BETRAUUNGSAKTES

Die Errichtung eines Betrauungsaktes durch eine Gemeinde hat Auswirkungen auf den Haushalt, da auf Basis des Betrauungsaktes Mittel der Gemeinde an ein Unternehmen gewährt werden. Insofern ist für den Beschluss eines Betrauungsaktes innerhalb der Gemeinde der **Gemeinderat zuständig**. Dies ergibt sich in Baden-Würt-

zwei Modelle eines Betrauungsaktes

- Verwaltungsakt
- Gesellschaftsrechtliche Weisung

- ▶ temberg aus §§ 44, 24 der Gemeindeordnung (GemO), wonach der Bürgermeister zuständig ist für die Geschäfte der laufenden Verwaltung und in allen anderen Fällen der Gemeinderat beschließen muss. Zwar können dem Bürgermeister mit der Hauptsatzung weitere (auch haushaltswirksame) Aufgaben übertragen werden. Soweit es sich allerdings um ein Rechtsgeschäft von „erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung“ (§ 39 Abs. 2 Nr. 13 GemO) handelt, ist eine Übertragung auf den Bürgermeister unzulässig. Daher verbleibt es hinsichtlich der Beschlussfassung über einen Betrauungsakt in der Regel bei der Zuständigkeit des Gemeinderates.

Üblicherweise werden im Zuge der Vorbereitung eines entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses drei Dokumente vorbereitet: Zum einen umfasst das Paket die **Beschlussvorlage** selbst, welche die Veranlassung für den Beschluss und die tragenden Erwägungen skizziert. Als Anlage zu dieser Beschlussvorlage ist der **Betrauungsakt** selbst beigefügt, der die vollständigen, nach dem Freistellungsbeschluss erforderlichen Regelungen enthält. Zum anderen erstellt die Verwaltung für ihren eigenen Verwaltungsvorgang einen **Vermerk**, in welchem die konkrete Ausgestaltung des Betrauungsaktes dokumentiert wird, d. h. es werden insbesondere die Überlegungen dargestellt zur Herleitung und Abgrenzung der DAWI und der Festlegung der Parameter für die Ausgleichsleistungen, sowie die weiteren nach Art. 4 des Freistellungsbeschlusses zu nennenden Punkte.

Art. 4 Satz 1 des Freistellungsbeschlusses sieht vor, dass die DAWI dem betrauten Unternehmen verbindlich auferlegt werden muss. Ein Beschluss des Gemeinderates bindet aber grundsätzlich nur den Bürgermeister als ausführendes Organ der Gemeinde und hat damit für sich genommen keine **Außenwirkung**. Um also dem betrauten Unternehmen die mit der Betrauung verbundenen Pflichten verbindlich aufzuerlegen, bedarf es einer Umsetzung durch den Bürgermeister. Art. 4 des Freistellungsbeschlusses regelt diesbezüglich nur, dass die Mitgliedstaaten die Form selbstständig festlegen können. In der deutschen Praxis haben sich hierfür im Wesentlichen **zwei Modelle** etabliert:

- Die Auferlegung des Betrauungsaktes kann zum einen im Wege eines **Verwaltungsaktes** erfolgen. Dabei wird von der Gemeinde ein „Zuwendungsbescheid“ erlassen, der als Nebenbestimmung sämtliche (o. g.) beihilfenrechtlichen Anforderungen enthält. Mit dieser Lösung ist eine verbindliche Betrauung jedes Unternehmens mit eigener Rechtspersönlichkeit möglich (also etwa einer AG oder einer GmbH).

MUSTER: ERMÄCHTIGUNG ZUM ERLASS EINES VERWALTUNGSAKTES DURCH DEN GEMEINDERAT

„Die Verwaltung wird ermächtigt, den in der Anlage beigefügten Betrauungsakt als Verwaltungsakt an die X-GmbH zu erlassen.“

- ▶ – Alternativ kann der Ratsbeschluss bei einer von der Gemeinde beherrschten GmbH (Eigengesellschaft) durch eine **gesellschaftsrechtliche Weisung** umgesetzt werden. Der Bürgermeister bzw. die sonstigen Vertreter der Gemeinde in der Gesellschaft werden dabei durch den Ratsbeschluss beauftragt, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, in welcher der Ratsbeschluss als verbindliche Weisung an die Geschäftsführung beschlossen wird. Diese explizite Anweisung der Gesellschafterversammlung ist nach herrschender Meinung gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG für die Geschäftsführer der GmbH verbindlich.

MUSTER: BESCHLUSS EINER WEISUNG AN DIE GESCHÄFTSFÜHRUNG DURCH DEN GEMEINDERAT

„Die Vertreter der Stadt in der Gesellschafterversammlung der X-GmbH werden angewiesen, unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, in welcher der in der Anlage beigefügte Betrauungsakt als Weisung an die Geschäftsführung zu beschließen ist.“

Nicht möglich wird diese Lösung allerdings bei Aktiengesellschaften sein, die allerdings im kommunalen Umfeld ohnehin nur eine untergeordnete Rolle spielen. Hier führt der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG die AG „in eigener Verantwortung“, ohne dass Hauptversammlung oder Aufsichtsrat ihm Weisungen erteilen könnten. Sofern die Gemeinde mit der AG nicht einen Beherrschungsvertrag im Sinne von § 291 AktG abgeschlossen hat, ist die erfor-

derliche Verbindlichkeit des Betrauungsaktes auf diese Weise nicht herstellbar. Hier wird ein Rückgriff auf die Verwaltungsaktlösung erforderlich sein.

Bei der Entscheidung, welches Modell im Einzelfall zur Anwendung kommen soll, spielen nicht zuletzt auch steuerliche Überlegungen eine Rolle (vgl. nachfolgend Ziffer 5).

EXKURS: BETRAUUNG EINES EIGENBETRIEBES

Ein Eigenbetrieb im Sinne des Eigenbetriebsgesetzes Baden-Württemberg (EigBG) ist ein aus dem „normalen“ Gemeindehaushalt ausgegliedertes Sondervermögen mit eigener Organisationsstruktur und Führung, aber ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Ein Eigenbetrieb kann in beihilfenrechtlicher Hinsicht (selbstständiges) Unternehmen im Sinne von § 107 Abs. 1 AEUV sein (vgl. Band 1, Kapitel II, Ziffer 2 b) und ist damit betrauungsfähig, soweit er DAWI erbringt. In diesem Fall bedarf es aber keiner formalen Umsetzung des Ratsbeschlusses nach außen. Der Bürgermeister kann den Ratsbeschluss unter Hinweis auf die Verbindlichkeit an die Betriebsleitung übersenden und dieser damit eine Weisung im Sinne von § 10 Abs. 1 EigBG erteilen.

5. EINFLUSS DES STEUERRECHTS AUF FORM UND UMSETZUNG DES BETRAUUNGSAKTES

Bei der Umsetzung des Betrauungsaktes ist nicht nur die Einhaltung der Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses von Bedeutung. Auch **steuerliche Aspekte** sind bei der Umsetzung des Betrauungsaktes zu berücksichtigen, da andernfalls zusätzliche **umsatzsteuerliche** Belastungen für die beihilfegewährende Stelle drohen.

Hintergrund ist, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die Finanzverwaltung die Finanzierung von dauerdefizitären Gesellschaften in privater Rechtsform zunehmend kritisch sieht. So stellt die Durchführung einer öffentlichen Aufgabe durch eine juristische Person des Privatrechts gegen Entgelt im Rahmen einer vertraglichen Beziehung unstreitig eine **steuerpflichtige Leistung** der übernehmenden Gesellschaft dar. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine freiwillige oder um eine Pflichtaufgabe handelt. Generell werten die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes und die Praxis der Finanzverwaltung den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages, der einen Leistungsaustausch begründet, als ein nahezu nicht widerlegbares Indiz für einen aus umsatzsteuerlicher Sicht steuerbaren **Leistungsaustausch**. Diese Einordnung kann also ggf. auch auf einen Betrauungsakt Anwendung finden, da dieser im Zweifel eine Leistungspflicht des betrauten Unternehmens begründet.

Aber auch außerhalb der Anwendung von zivilrechtlichen Verträgen sieht die Finanzverwaltung einen nur sehr engen Anwendungsbereich für sogenannte **echte Zuschüsse**, die nicht als Leistungsaustausch eingeordnet werden. Aus Sicht des Umsatzsteuergesetzes sind dies Finanzierungen, die mangels Leistungsaustausch nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Demnach können Finanzierungen von defizitären Gesellschaften auch in Form von Zuführungen durch den Gesellschafter oder mittels Zuwendungsbescheid nach ständiger Finanzverwaltungspraxis und Rechtsprechung zu der Annahme eines Leistungsaustausches führen. Im Gegensatz zu dem Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags wird hier die umsatzsteuerliche Würdigung jedoch vom jeweiligen Einzelfall abhängig sein.

Folge der Annahme eines Leistungsaustausches wäre, dass davon auszugehen ist, dass die defizitäre Gesellschaft in Form eines Geschäftbesorgungsvertrags eine Leistung gegenüber der finanzierenden juristischen Person des öffentlichen Rechts erbringt. Davon ausgehend, dass diese Leistungen in der Regel nicht umsatzsteuerfrei sind, da sie nicht unter einen Steuerbefreiungstatbestand des Umsatzsteuergesetzes fallen, ergibt sich eine **(Umsatz-)Steuerpflicht** für die Gesellschaft. Die Finanzierung stellt das Entgelt dar und ist damit zugleich die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer. Da die öffentliche Hand in den Fällen der Finanzierung von dauerhaft defizitären Gesellschaften nicht über die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs verfügt (da sie nicht als Unternehmer handelt), ergibt sich eine tatsächliche Umsatzsteuerbelastung für die gewährende Stelle oder für das betraute Unternehmen. ▶

- ▶ Das Risiko eines Leistungsaustausches ist bei der Mehrzahl der Sachverhalte gegeben, die durch einen Betrauungsakt beihilfenrechtskonform gestaltet werden. Insoweit ist darauf zu achten, dass die Umsetzung des Betrauungsaktes das Risiko der Annahme eines Leistungsaustausches nicht erhöht. Es gibt dabei keinen „Muster-Betrauungsakt“, der mit der obersten Finanzverwaltungsbehörde abgestimmt ist und daher stets Anwendung finden kann. Das Bundesfinanzministerium erklärte vielmehr bereits im Jahr 2009, dass es auf den jeweiligen **Einzelfall** ankommt und eine pauschale Beurteilung eines Muster-Betrauungsaktes aufgrund der Vielzahl von Sachverhalten nicht möglich ist. Dieser Aussage des Bundesfinanzministeriums ging eine Initiative der kommunalen Spitzenverbände voraus, anhand des Muster-Betrauungsakts für Krankenhäuser des Landkreistages Baden-Württemberg eine generelle Abstimmung mit der Finanzverwaltung zu erreichen.

Für die Umsetzung in der Praxis bedeutet dies, dass anhand des jeweiligen Sachverhalts geprüft werden muss, inwieweit ein Betrauungsakt nach den Kriterien der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung zu der Annahme eines Leistungsaustausches führen kann. Aus diesem Grund ist von Betrauungsakten in Form von **zivilrechtlichen Verträgen** abzuraten, denn diese würden nach der ständigen Rechtsprechung der obersten Finanzgerichte in nahezu allen Fällen zur Annahme eines Leistungsaustausches führen. Die teils vertretene Ansicht, dass der Betrauungsakt in Form eines **Verwaltungsakts** die wenigsten steuerlichen Risiken mit sich tragen würde, kann

ebenfalls nicht generell bestätigt werden. Entscheidend bei einem Verwaltungsakt ist der Detaillierungsgrad der einzelnen Regelungen. Je höher der Grad der Regelungen, der Auflagen und der Vorbehalte des Zuwendungsgebers, umso eher ist aus Sicht der Finanzverwaltung von einem Leistungsaustausch auszugehen.

Die Ansicht, dass der Erlass eines Betrauungsaktes unweigerlich zu der Annahme eines Leistungsaustausches führen muss, da dieser eine rechtsverbindliche und wechselseitige Verpflichtung zur Erfüllung der Daseinsvorsorge-Aufgaben und der Gewährung des Kostenausgleichs beinhaltet, ist als überholt anzusehen. Die Kommission hat in verschiedenen Mitteilungen deutlich gemacht, dass das betraute Unternehmen nicht zwingend einen Anspruch auf einen Kostenausgleich haben muss. Eine wechselseitige, durchsetzbare Verpflichtung, die zur Annahme eines Leistungsaustausches führen würde, ist daher nicht notwendiger Inhalt eines Betrauungsakts.

Im Ergebnis gilt daher weiterhin die Aussage des Bundesfinanzministeriums, wonach eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden muss. Um den Gestaltungsspielraum, den der Freistellungsbeschluss ermöglicht, auch in steuerlicher Hinsicht optimal auszunutzen, empfiehlt es sich, im Vorfeld den Betrauungsakt und den dazugehörigen Sachverhalt mit der Finanzverwaltung im Rahmen eines Antrags auf **verbindliche Auskunft** abzustimmen.

6. PRAXISBEISPIELE FÜR DIE FINANZIERUNG „KLASSISCHER“ DAWI IM KOMMUNALEN BEREICH

Nachfolgend wird die Anwendung der in den vorigen Abschnitten aufgezeigten beihilfenrechtlichen Prinzipien auf verschiedene kommunalnahe Sektoren der Wirtschaftstätigkeit dargestellt. Die Darstellung folgt dabei der Erfahrung aus der Praxis im Umgang mit staatlichen Finanzierungen und bezieht insbesondere die Sichtweise der EU-Kommission mit ein.

a) Wirtschaftsförderung

Unter den Begriff der Wirtschaftsförderung fassen Kommunen traditionell eine ganze Reihe von Aktivitäten, die ganz grundsätzlich die wirtschaftliche Entwicklung in der jeweiligen Region fördern sollen. Dabei handelt es sich zum Teil um Tätigkeiten, bei denen die Allgemeinwohlorientierung auf der Hand liegt (etwa die Bereitstellung von ansiedlungsrelevanten Informationen im Internet), teilweise wird aber auch der Grenzbereich zur Förderung individueller Unternehmensinteressen berührt (z. B. bei der Bereitstellung von Flächen in Technologie- und Gründerzentren). Typischerweise sind aber die meisten der unter diesem Titel angesiedelten Tätigkeiten nicht kostendeckend und auf Zuschüsse der Kommune angewiesen. Die große Herausforderung bei der beihilfenrechtlichen Aufarbeitung besteht damit in der sorgfältigen Definition, Begründung und Abgrenzung der jeweiligen DAWI.

(1) Tourismusförderung

Viele Kommunen und Regionen verfügen über eine eigene Tourismusorganisation, deren Aufgabenbereiche sich aber oftmals deutlich voneinander unterscheiden. Insoweit ist eine allgemeingültige Aussage zu möglichen DAWI-Bereichen innerhalb dieser Tätigkeitskataloge nur sehr eingeschränkt möglich. Für eine Reihe von touristischen Infrastrukturen, die nicht kommerziell (also unentgeltlich) genutzt werden, hat die Kommission im Rahmen eines sogenannten „Comfort Letter“ informell bestätigt, dass diese nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts fallen (Schreiben der Kommission vom 24. April 2014, SA.37755 (Kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur – Tourismus), nicht veröffentlicht). Demnach können Infrastrukturen wie öffentliche Sanitäreanlagen, Picknickplätze, Bootsstege oder Spazierwege staatlich finanziert werden, ohne dass dadurch der Beihilfenatbestand erfüllt würde.

Hinsichtlich einer Rechtfertigung von Beihilfen über DAWI-Beträuerungen hat die Kommission in einer älteren, nicht veröffentlichten Äußerung anerkannt, dass jedenfalls die Bereitstellung von touristischen Informationen und die Förderung touristischer Entwicklung einer Region DAWI darstellen können (Schreiben der Kommission vom 24. März 2006 in der Beihilfensache CP/178/2004, zitiert in EuG, Urteil vom 9. Juni 2009, T-152/06, Rn. 8). Damit können sowohl die klassische Prospektwerbung, die Erstellung von Unterkunftsverzeichnissen, entsprechende Websites oder die Netzwerkbildung der Tourismusanbieter einer Region als förderfähige ▶

- ▶ DAWI eingeordnet werden. Allerdings ist der DAWI-Begriff nur erfüllt, soweit es sich um Tätigkeiten handelt, bei denen ein Marktversagen festgestellt werden kann, es also am Markt keine etablierten Angebote von privaten Wettbewerbern gibt.

PRAXISBEISPIEL: TOURISMUSMARKETING

Kommune K verfügt über einen Eigenbetrieb, der für die touristische Vermarktung der Gemeinde zuständig ist. Der Eigenbetrieb gibt einen Katalog mit naturnahen Unterkunftsmöglichkeiten in der Umgebung heraus (Bauernhöfe, Wanderhütten usw.). Die Unterkünfte sind auch über eine eigens hierfür eingerichtete Website des Eigenbetriebs recherchier- und buchbar. Um die Attraktivität der Tourismusregion zu stärken, beschließt der Betriebsausschuss des Eigenbetriebs, dass dieser zukünftig Pauschalangebote durch Bündelung von Einzelleistungen diverser Anbieter (etwa: Übernachtungen, Wandertouren und Restaurantgutscheine) erstellen soll. Diese Angebote sollen im Namen des Eigenbetriebs vertrieben und ebenfalls über die Website buchbar sein. Dieses neue Tätigkeitsfeld wird man angesichts der Marktangebote im Pauschalreisebereich nicht ohne Weiteres als DAWI einordnen können. Hingegen kann das Angebot einer Buchungsmöglichkeit für Unterkünfte in diesem Fall noch als DAWI gelten, da die privaten Buchungsportale im Internet oftmals nur große Hotels im Angebot haben, nicht aber kleine, regionale Anbieter. Insofern müsste für die beihilfenrechtliche Rechtfertigung der Eigenbetrieb mit dieser Aufgabe betraut werden und der Betrauungsakt die Voraussetzungen des Freistellungsaktes beachten.

(2) Allgemeine Wirtschaftsförderungsgesellschaften

Auch die Tätigkeitskataloge im Bereich der Allgemeinen Wirtschaftsförderung unterscheiden sich je nach Kommune deutlich voneinander, vielfach werden mit dieser Aufgabe Wirtschaftsförderungsgesellschaften betraut. Regelmäßig haben die damit beauftragten kommunalen Eigengesellschaften die satzungsmäßige Aufgabe, die Wirtschaftskraft der jeweiligen Region zu fördern. Sie sollen attraktive Standortbedingungen schaffen, um so Unternehmen zur Ansiedlung in der Region zu bewegen und bereits angesiedelte Unternehmen an die Region zu binden. Innerhalb dieser Satzungsvorgaben reichen die konkret ausgeführten Tätigkeiten von der allgemeinen Standortwerbung, über die Durchführung von Märkten und Veranstaltungen, die Netzwerkpfege der Unternehmen untereinander und die Bereitstellung von Informationen über freie Bauflächen und Geschäftsräume bis zur (finanziellen und organisatorischen) Unterstützung konkreter Ansiedlungsvorhaben. Beihilfenrechtlich liegt der Schwerpunkt hier darin, diejenigen Tätigkeiten zu identifizieren, die (noch) im Allgemeininteresse liegen und von den Tätigkeiten abzugrenzen, die (bereits) überwiegend den privaten Interessen einzelner Unternehmen dienen.

PRAXISBEISPIEL:

WIRTSCHAFTSFÖRDERUNGSGESELLSCHAFT

Im Beteiligungskonzern des Landkreises H ist die W-GmbH für die Aufgaben der Wirtschaftsförderung zuständig. Sie stellt im Internet umfassende, kostenlose Informationen für ansiedlungswillige Unter- ▶

- ▶ nehmen zur Verfügung und bietet eine Hotline an, über die Interessenten weitere Details erfragen können. Die Informationen umfassen zum einen wichtige Kontaktadressen, etwa von Behörden und Fördermittelanbietern, zum anderen aber auch ein kreisweites Register über brachliegende Gewerbeflächen und leerstehende Büroräume. Da die Gesellschaft mit ihren Angeboten keine Einnahmen erzielt, ist sie auf Zuschüsse des Landkreises angewiesen; dieser hat die GmbH hierzu mit einer DAWI-Betrauung ausgestattet. Der Geschäftsführer der W-GmbH beabsichtigt, den Informationsbestand über Immobilien zukünftig besser zu nutzen. Dazu soll die GmbH eine Maklererlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung beantragen und die Immobilienangebote aktiv an Unternehmen vermitteln. Für Ihre Tätigkeit soll die W-GmbH von den Unternehmen lediglich eine pauschale Maklerprovision in Höhe von 250 Euro erheben, die nicht gedeckten Kosten soll der Landkreis im Rahmen der Betrauung erstatten. Auf Initiative des Landrats untersagt die Gesellschafterversammlung der W-GmbH dem Geschäftsführer die geplante Tätigkeit im Wege einer Einzelweisung, da es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, deren Bezuschussung beihilfenrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

Die Untersagung der Tätigkeit durch die Gesellschafterversammlung war vorliegend zutreffend. Für die Tätigkeit als Makler kann weder ein Allgemeininteresse unterstellt werden, noch ist hier ein Marktversagen zu beobachten. Eine Förderung durch DAWI-Ausgleichsleistungen im Rahmen eines Betrauungsaktes ist nicht zulässig.

(3) Technologie- und Gründerzentren

Eng mit der allgemeinen Wirtschaftsförderung verknüpft ist oftmals die Bereitstellung von Räumlichkeiten an junge, innovative Unternehmen im Rahmen von Technologie- und Gründerzentren. Grundsätzlich wird die Förderung von Start-Ups durch die öffentliche Hand als mögliche DAWI anzusehen sein. Denn hierdurch kann die zukünftige wirtschaftliche Basis der Bevölkerung gesichert werden, was aufgrund der später zu erwartenden Steuereinnahmen im Interesse der Allgemeinheit liegt. Es ist aber auch hier sorgfältig zu prüfen, für welche Teilbereiche dieser Tätigkeit tatsächlich ein Marktversagen feststellbar ist.

PRAXISBEISPIEL: GRÜNDERZENTRUM

Nach der Aufgabe einer Kaserne im Stadtzentrum durch die Bundeswehr erwirbt die Stadt X die Kaserne von der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA). Sie gründet eine neue Tochter-GmbH, welche die Kaserne zu Büro- und Laborflächen umbaut und diese an Unternehmen vermietet. Bedingung für den Abschluss eines Mietvertrages ist, dass das Unternehmen nicht älter als ein Jahr ist und seine Produkte bisher nicht am Markt anbietet. Die Mietkonditionen liegen deutlich unter den ansonsten im Stadtgebiet für Gewerbeflächen gezahlten Mietpreisen. Daneben können die Mieter von der GmbH auch weitere Leistungen zu marktüblichen Konditionen beziehen, etwa allgemeine Büroservices, Postweiterleitungen und die Dienste der hauseigenen Telefonzentrale. Zudem kann jeder Interessierte in dem Gebäudekomplex Veranstaltungs- und Tagungs- ▶

- ▶ räume anmieten, für welche die GmbH auch Cateringleistungen anbietet. Es stellt sich die Frage, inwieweit die zu erwartende Kostenunterdeckung auf Basis eines Betrauungsaktes von der Stadt ausgeglichen werden kann.

Die reine Vermietung von Büro- und Laborflächen lässt sich hier wohl unter den DAWI-Begriff subsumieren, da für junge, noch nicht am Markt tätige Unternehmen ansonsten regelmäßig keine Mietangebote zu annehmbaren Konditionen existieren. Dies gilt umso mehr in den gerade für junge Unternehmen attraktiven Großstädten. Allerdings fehlt es hierzu bislang an einer Rechtsprechungspraxis oder Kommissionsentscheidungen. Für die weiteren Bürodienstleistungen der GmbH und insbesondere für die Vermietung von Veranstaltungs- und Tagungsräumen existieren jedoch umfassende Angebote am Markt. Die Notwendigkeit einer finanziellen staatlichen Intervention in diesen Bereichen ist nicht ersichtlich, die DAWI-Einordnung daher nicht möglich. Wichtig ist daher, dass eine separate Rechnungsführung erfolgt. Denkbar ist für diesen Bereich allein eine Förderung auf Grundlage der allgemeinen De-Minimis-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 vom 18. Dezember 2013).

b) Stadthallen, Messe- und Kongresszentren

Viele Kommunen unterhalten Veranstaltungseinrichtungen, zum Teil „klassische“ Stadthallen mit multifunktionaler Nutzung, zum

Teil spezialisierte Messe- und Kongresszentren. Diese stellen sowohl für lokale Vereine, Initiativen u. ä. Räume für Veranstaltungen zur Verfügung, aber auch für Events und Veranstaltungen professioneller Veranstalter. Oftmals können die Kosten der Infrastruktur nicht durch Einnahmen aus der Vermietungstätigkeit gedeckt werden, so dass die öffentlichen Betreiberunternehmen Verluste erzielen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein großer Anteil der Nutzung auf Veranstaltungen mit nur lokaler Bedeutung entfällt, da in der Regel von Vereinen o. ä. Veranstaltern nur geringe Nutzungsentgelte verlangt werden können. Soweit die erzielten Verluste durch die öffentliche Hand ausgeglichen werden, stellt sich die Frage, ob dies mit einer DAWI-Betrachtung abgesichert werden kann oder ob es sich gar nach der Mitteilung der Kommission zum Beihilfenbegriff um eine beihilfenfreie Fördermaßnahme handelt. Danach sollen nämlich Förderungen von Kultureinrichtungen und -Aktivitäten dann nicht unter den Beihilfenbegriff fallen, wenn über 50-Prozent gefördert werden (dazu auch Kap. II Ziff. 1, lit. b Praxishinweis, S. 84).

PRAXISBEISPIEL: MULTIFUNKTIONALE VERANSTALTUNGSHALLE

Die Stadt L ist Eigentümerin einer multifunktionalen Veranstaltungshalle, die von einer Eigengesellschaft der Stadt betrieben wird. In der Halle finden überwiegend kulturelle Veranstaltungen statt, etwa Konzerte oder Theateraufführungen. Daneben gibt es eine Reihe von Veranstaltungen mit Eventcharakter, z. B. Partys und andere ▶

- ▶ Freizeitveranstaltungen. Schließlich wird die Halle auch von Unternehmen für interne Veranstaltungen, Produktpräsentationen oder Messen genutzt. Die Stadt beabsichtigt, den gesamten Betrieb der Veranstaltungshalle als DAWI einzuordnen und einen entsprechenden Betrauungsakt zugunsten der Betreibergesellschaft zu erlassen, um die dort entstehenden Jahresverluste ausgleichen zu können.

Fraglich ist, ob eine solche „Globalbetrauung“ in diesem Fall möglich ist. Zwar werden in der kommunalen Praxis solche Multifunktionshallen in denen neben Kultur- auch Freizeit- und erwerbswirtschaftliche Veranstaltungen stattfinden, oftmals insgesamt als DAWI eingeordnet und entsprechend betraut. Zur Begründung wird in der Regel auf den allgemein wirtschaftsfördernden Charakter der Einrichtungen verwiesen, an deren Bestand ein öffentliches Interesse der Allgemeinheit bestehe. Dagegen spricht aber die Entscheidungspraxis der EU-Kommission zu Multifunktionsarenen, etwa in Kopenhagen (Entscheidung vom 15. Mai 2013, SA.33728), Jena (Entscheidung vom 20. März 2013, SA.35440) oder Erfurt (Entscheidung vom 20. März 2013, SA.35135). In diesen beiden Fällen und auch in allen weiteren zu ähnlichen Einrichtungen ergangenen Entscheidungen prüft die Kommission die Vereinbarkeit der angemeldeten Beihilfen auf Grundlage von Art. 107 Abs. 3 c) AEUV und nicht etwa aufgrund der Ausnahmenvorschrift für notwendige Leistungen der öffentlichen Hand (Art. 106 Abs. 2 AEUV). Dieser Umstand deutet darauf hin, dass die EU-Kommission solche Einrichtungen jedenfalls nicht insgesamt dem Bereich der Daseinsvorsorge zuordnet und eine DAWI-Betrauung damit ausscheidet.

Stattdessen wird auf die einzelnen Nutzungsarten in ihren konkreten Anteilen abzustellen sein. Allgemeingültige Maßstäbe für die Abgrenzung von DAWI- und Nicht-DAWI-Nutzungsarten existieren jedoch nicht, Entscheidungen der Kommission oder der europäischen Gerichte hierzu liegen nicht vor. In der beihilfenrechtlichen Praxis unstrittig ist, dass jedenfalls Angebote und Veranstaltungen im kulturellen Bereich DAWI-fähige Tätigkeiten sind. Denn Kulturangebote mit verschiedenen Sparten, die zu erschwinglichen Preisen mit niedrigen Zugangsschwellen weiten Teilen der Bevölkerung kontinuierlich und verlässlich zur Verfügung stehen, zählen zu den klassischen allgemeinwohlbezogenen Leistungen, die nicht in gleicher Weise durch den Markt erbracht werden. Hinsichtlich rein freizeitorientierter Veranstaltungen wird eine DAWI-Einordnung nur schwer möglich sein. Denn Hotels, Diskotheken, Clubs o. ä. Einrichtungen bieten regelmäßig eine breite Palette entsprechender Angebote. Damit ist fraglich, ob bezüglich solcher Veranstaltungen ein Marktversagen festgestellt werden kann. Die Abgrenzung zwischen Kultur- und Freizeitangeboten ist dabei oftmals schwierig, der Übergang fließend. Als Kultur lässt sich begrifflich alles einordnen, was der Mensch selbst gestaltend hervorbringt, insbesondere geistige Gebilde wie Musik oder Sprache. Danach sind jedenfalls Theater, Oper, Konzerte, Museen als Kultur einzuordnen. Tanzveranstaltungen, Motto-Partys oder Jahrmärkte wird man dagegen eher dem Freizeitbereich zuordnen müssen. Eine allgemeingültige Abgrenzung ist aufgrund der Vielfalt der Angebote nicht möglich. ▶

- ▶ Die DAWI-Einordnung von Infrastrukturen für Messe- und Kongressnutzungen ist in diesem Bereich stets im Detail zu prüfen, da angesichts der bestehenden und überwiegend öffentlich finanzierten Überkapazitäten das Vorliegen von Marktversagen bezweifelt werden kann.

Insgesamt ist daher in diesem Beispiel eine globale Betrauung mit dem gesamten Betrieb der Veranstaltungshalle risikobehaftet und nicht rechtssicher. Stattdessen ist zu empfehlen, die Betrauung auf den Anteil der Nutzung für kulturelle Zwecke zu beschränken. (Wobei eine Betrauung eben nur dann erforderlich ist, wenn die öffentliche Hand die Kultureinrichtung oder -aktivität mit weniger als 50-Prozent fördert. Soweit die Förderung über 50-Prozent liegt, ist nach Auffassung der Kommission davon auszugehen, dass es sich bereits tatbestandlich nicht um eine Beihilfe handelt.) Die weiteren Nutzungsarten müssten rechnerisch separiert werden, um die auf Kultur entfallenden Nettokosten ermitteln zu können. Dazu sind insbesondere die Infrastrukturkosten (aber auch alle anderen mit dem Betrieb zusammenhängenden Kosten) nach einem nachvollziehbaren System auf die einzelnen Nutzungsarten aufzuteilen; gleiches gilt für die Einnahmen. Die Nutzungen außerhalb des Kulturbereichs dürfen nicht an den DAWI-Ausgleichsleistungen partizipieren, d. h. sie müssen aus sich heraus kostendeckend sein.

c) Krankenhäuser

Der deutsche Krankenhausmarkt ist durch staatliche Finanzierung der Investitionen auf Basis des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) gekennzeichnet, welche sowohl Häuser der öffentlichen Hand, als auch private Krankenhäuser erhalten können. Voraussetzung für den Erhalt der Förderung ist die Aufnahme des jeweiligen Hauses in den landesweiten Krankenhausplan. Während allerdings private Krankenhäuser regelmäßig mit Gewinn arbeiten, sind öffentliche Häuser oftmals defizitär. Eine große Zahl von Kommunen gleicht diese Unterdeckungen durch eine Reihe von Zuwendungen aus, etwa Zuschüsse, kostenfreie Bürgschaften oder zinsvergünstigte Darlehen (ausführlich zur beihilfenrechtlichen Einordnung von Darlehen und Bürgschaften, Band 2, Kapitel IV und V). Die Zulässigkeit dieser Finanzierungsmaßnahmen von Krankenhäusern wurde in den vergangenen Jahren verstärkt diskutiert.

Einerseits hat die EU-Kommission mit einer Reihe von Entscheidungen vom 29. April 2015 in verschiedenen Konstellationen anerkannt, dass Förderungen rein lokal ausgerichteter Krankenhäuser (SA.37432 (Hradec Králové), ABl. EU C 203 vom 19. Juni 2015, S. 1; SA.38035 (Landgrafenklinik), ABl. EU C 188 vom 5. Juni 2015, S. 1) oder medizinischer Versorgungszentren (SA.37904 (Ärztelhaus Durmersheim), ABl. EU C 188 vom 5. Juni 2015, S. 1) sich nicht auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken und deswegen keine Beihilfenrelevanz haben. Eine Bestätigung dieser Sichtweise durch die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte ist bisher noch nicht erfolgt. ▶

- ▶ Andererseits sind Krankenhäuser in Art. 2 Abs. 1 lit. b) des Freistellungsbeschlusses als mögliche DAWI-Erbringer genannt, ihre Finanzierung kann also grundsätzlich als DAWI-Ausgleichsleistung eingeordnet werden. Die Vorschrift stellt dabei explizit auf Häuser ab, „die medizinische Versorgung“ leisten. Diese Regelung wurde in der deutschen beihilfenrechtlichen Praxis stets so verstanden, dass grundsätzlich die gesamten mit der medizinischen Versorgung in Verbindung stehenden (Netto-)Kosten ausgleichsfähig sind. Dieser Umstand wurde von den Verbänden der privaten Krankenhäuser seit langem mit dem Argument angegriffen, dass diesbezüglich kein Unterschied zu Häusern privater Träger erkennbar sei, die aber ohne Fördermittel der Kommunen auskommen müssten. Umstritten ist damit die Frage, welchen Umfang eine mögliche DAWI im Krankenhausbereich haben kann.

Das Europäische Gericht (EuG) hat in einer Entscheidung zum Brüsseler Krankenhausnetzwerk IRIS eine enge Linie bei dieser Frage verfolgt (EuG, Entscheidung vom 7. November 2012, T-137/10). Ausgleichsleistungen an öffentliche Krankenhäuser seien nur insoweit zulässig, als sie auf eine „**besondere**“ **Gemeinwohlverpflichtung** abzielen, die von den privaten Wettbewerbern so nicht erbracht wird. Demnach wäre die allgemeine medizinische Versorgung nicht DAWI-fähig, da diese von Privaten in gleichem Umfang erbracht wird. Die EU-Kommission hat nach der Entscheidung des EuG ein förmliches Prüfverfahren hinsichtlich der IRIS-Krankenhäuser eingeleitet und entschieden, dass die gewährten Beihilfen mit dem

gemeinsamen Markt vereinbar sind (Entscheidung vom 5. Juli 2016, SA.19864 (IRIS), C(2016) 4051 final). Dabei hat sie festgestellt, dass die öffentlichen Krankenhäuser mit einer Reihe von zusätzlichen Aufgaben neben der allgemeinen Krankenversorgung beauftragt sind (wie z.B. Patienten aus sozial schwächeren Schichten zu versorgen) und die erhaltenen Ausgleichsleistungen nicht über den aus diesen Aufgaben resultierenden Verlusten lagen. Besonders hervorgehoben wird diesbezüglich die Verpflichtung, sämtliche Patienten zu versorgen, ungeachtet dessen, ob es sich um Notfall- oder reguläre Patienten handelt und ob die Übernahme der Behandlungskosten gesichert ist.

Vor dem Hintergrund der EuG-Rechtsprechung hatte in Deutschland der Bundesverband der deutschen Privatkliniken (BDPK) ein wettbewerbsrechtliches Verfahren gegen den Landkreis Calw eingeleitet. Ziel war es, dem Landkreis die weitere Finanzierung seiner Kreiskliniken untersagen zu lassen. Das Landgericht (LG) Tübingen und das Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart haben die Klage des BDPK jeweils abgewiesen. Der Argumentation des OLG zufolge habe das Land Baden-Württemberg im Landeskrankenhausgesetz (LKHG) zulässigerweise festgelegt, dass die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen durch die öffentliche Hand eine DAWI sei. Folge der Landkreis dieser gesetzlichen Zwecksetzung, sei eine rechtswidrige Beihilfe bereits aus diesem Grund ausgeschlossen. Auf die Revision des BDPK hin hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) der Sichtweise der Vorinstanzen angeschlossen (BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14). Er ▶

- ▶ hat ausgeführt, dass aus der Aufnahme der Kreiskliniken in den Krankenhausplan folge, dass die durch sie erbrachten medizinischen Versorgungsleistungen insgesamt als DAWI einzuordnen seien. Der Landkreis habe nach dem LKHG die Kreiskliniken zu betreiben und dürfe sie daher auch finanzieren. Der BGH bezweifelt allerdings, dass der erste Betrauungsakt der Kreiskliniken inhaltlich den Vorgaben des (damaligen) Monti-Pakets entsprach und hat den Rechtsstreit insoweit an das OLG zurückverwiesen. Eine abschließende Entscheidung steht zum Zeitpunkt der Drucklegung noch aus. Den weiteren Betrauungsakt, für den bereits inhaltlich die Anforderungen des Alumni-Pakets galten, hat der BGH hingegen als vollständig und rechtmäßig erachtet.

Die Entscheidungspraxis auf nationaler und europäischer Ebene zu dieser Frage unterscheidet sich damit. Während nach der nationalen Rechtsprechung eine globale Betrauung der gesamten medizinischen Versorgungstätigkeiten eines Krankenhauses weiterhin möglich ist, ist dies nach Rechtsprechung des EuG und Entscheidung der Kommission nur für bestimmte, darüberhinausgehende Aufgaben der Daseinsvorsorge, wie z.B. die Versorgung von Patienten ohne ausreichenden Krankenversicherungsschutz, möglich. Für deutsche Fallkonstellationen erscheint es vertretbar, sich an der Linie des BGH zu orientieren, da den EU-Mitgliedsstaaten bei der inhaltlichen Bestimmung einer DAWI ein weiter von der Kommission nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zusteht. Vorsicht ist aber in jedem Fall bei Tätigkeiten geboten, die außerhalb der allgemeinen Krankenversorgung liegen (siehe Praxisbeispiel).

PRAXISBEISPIEL: KRANKENHAUSFINANZIERUNG

Der Landkreis L betreibt seine Kreiskliniken in der Rechtsform einer GmbH, deren regelmäßige Verluste er jährlich global durch entsprechende Kapitalzuführungen ausgleicht. Der Landkreis liegt in einer wirtschaftlich starken Metropolregion, die auch internationale Gäste anzieht. Die Klinik-GmbH betreibt daher neben der allgemeinen Krankenversorgung auch ein Zentrum für Schönheitsoperationen, das sich an wohlhabende Patienten aus dem arabischen Raum richtet. Daneben verfügt sie über ein Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ), mit welchem sie u. a. Labor- und Radiologieleistungen für niedergelassene Ärzte anbietet. Die Krankenhausapotheke verkauft über einen Onlineshop frei verkäufliche Arzneimittel europaweit.

Um in dieser Situation die – nach BGH-Rechtsprechung zulässige – Finanzierung der allgemeinen Krankenversorgung mittels eines Betrauungsaktes sicherzustellen, müssen die über diesen Bereich hinausgehenden weiteren Tätigkeiten der Klinik-GmbH sorgfältig ermittelt und **rechnerisch separiert** werden. Dabei gilt: Schönheitsoperationen für Selbstzahler sind keine Leistung der allgemeinen Krankenversorgung. Der Betrieb eines MVZ durch ein Krankenhaus ist zwar zulässig, aber nicht Gegenstand der öffentlichen Aufgabe des Landkreises nach dem LKHG und zudem nicht von Marktversagen geprägt. Schließlich kann auch die Tätigkeit der Apotheke nur insoweit als DAWI eingeordnet werden, als die Medikamentenabgabe an Patienten der Kreiskliniken erfolgt.

d) Sozialer Wohnungsbau

Die Errichtung und Vermietung von Wohnraum zu sozial verträglichen Preisen wird in ihrer Bedeutung für Kommunen zukünftig zunehmen. Die grundsätzliche Einordnung des sozialen Wohnungsbaus als DAWI bereitet insoweit keine größeren Probleme, als dass er ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 lit. c) des Freistellungsbeschlusses genannt wird. Wichtig und im Einzelfall aufwändig ist aber die Abgrenzung zu weiteren wirtschaftlichen Tätigkeiten im Immobilienbereich, die bei kommunalen Wohnungsbaugesellschaften oftmals vorhanden sind.

PRAXISBEISPIEL: SOZIALER WOHNUNGSBAU

Die W-GmbH ist eine 100 %-ige Tochter der Stadt S. Sie hat den satzungsmäßigen Zweck, Aufgaben des Immobilienmanagements für die Stadt wahrzunehmen und Wohnraum für die Allgemeinheit zu schaffen und zu verwalten. In Ausführung dieses Satzungswecks errichtet die W-GmbH Wohngebäude im Stadtgebiet mit Sozialwohnungen, die zu vergünstigten Preisen an Geringverdiener vermietet werden, wie auch mit Wohnungen, die zu Mietpreisen in marktüblicher Höhe angeboten werden. Die Erträge aus der marktüblichen Vermietung werden teilweise verwendet, um die nicht kostendeckende vergünstigte Vermietung zu finanzieren. Trotzdem verbleibt in diesem Bereich eine Unterdeckung, die von der Stadt regelmäßig durch Kapitalzuführungen ausgeglichen wird. Auf Initiative der Stadt hat die W-GmbH außerdem die Aufgabe übernommen, ein neues Gewerbegebiet am Stadtrand zu entwickeln. Ziel ist die Ansiedlung eines

großen Internethändlers, der bundesweit auf der Suche nach neuen Logistikflächen ist und konkret an die Stadt mit der Bitte um Unterstützung herangetreten ist. Auch diese Entwicklungsmaßnahme wird nach derzeitiger Planung nicht kostendeckend erbracht werden können. Dem Stadtkämmerer stellt sich die Frage, wie die Finanzierung der Gesellschaft beihilfenrechtlich abgesichert werden kann.

Im Hinblick auf eine mögliche Betrauungslösung sind zunächst die Geschäftsfelder zu ermitteln, die sich als DAWI einordnen lassen. Dies trifft auf die vergünstigte Vermietung ohne weiteres zu (s. oben), nicht jedoch auf die Vermietung zu Marktpreisen, da hierfür kein Marktversagen zu beobachten ist. Auch die Erschließung des neuen Gewerbegebietes wird man im konkreten Fall nicht als DAWI einordnen können. Zwar könnte man vertreten, dass an der Ansiedlung großer Unternehmen ein Allgemeininteresse besteht, da hiermit regelmäßig auch Gewerbesteuerzahlungen verbunden sind, die wiederum der Allgemeinheit zumindest potenziell zugutekommen. Gegen ein Marktversagen spricht aber, dass die Bereitstellung ausreichender Gewerbeflächen regelmäßig auch ohne finanzielle Interventionen der öffentlichen Hand möglich ist. Dies gilt hier umso mehr, als die Erschließung der Ansiedlung eines bereits vorhanden konkreten Interessenten dienen soll. In anderen Konstellationen kann die Erschließung eines Gewerbegebiets beihilfenfrei sein (so etwa Comfort Letter der Kommission, SA.36346 (2013/N) GRW-Regelung zur Erschließung von Grundstücken, siehe dazu nachfolgend Kapitel II, Ziff. 2, lit. d), Exkurs, S. 124). ▶

- ▶ Im Praxisbeispiel müssen zur Bestimmung des Bedarfs an Ausgleichsleistungen für die vergünstigte Vermietung die Geschäftsfelder rechnerisch getrennt werden, d. h. die auf die vergünstigte und die marktübliche Vermietung entfallenden Vollkosten und Einnahmen sind zu separieren. Dies umfasst nicht nur eine Abgrenzung nach den einzelnen Gebäuden, sondern möglicherweise auch eine Trennung innerhalb von einheitlichen Bauvorhaben, wenn Gebäude sowohl vergünstigte, wie marktüblich vermietete Wohnungen beinhalten. Gleiches gilt für die Erfassung der Gemeinkosten, hier im Wesentlichen die Verwaltungskosten der W-GmbH. Diese sind im Zweifel nach den Verursachungsanteilen zu schlüsseln, die auf die einzelnen Geschäftsfelder entfallen. Die Ausgleichsleistungen selbst umfassen hier nicht nur die Kapitalzuführungen der Stadt, sondern auch die von der Stadt geduldete Quersubventionierung der vergünstigten Vermietung durch die marktüblichen Mieteinnahmen. Beide Leistungen sind im Betrauungsakt entsprechend zu definieren und die zur Berechnung erforderlichen Parameter sind anzugeben.

Von dieser Betrachtung ausgenommen werden muss hingegen die Erschließung des Gewerbegebietes für den konkreten Ansiedlungswilligen. Dieser Tätigkeitsbereich der W-GmbH kann nicht mit DAWI-Ausgleichsleistungen gefördert werden und muss grundsätzlich kostendeckend arbeiten oder (falls das nicht möglich ist) perspektivisch eingestellt werden. Jedenfalls muss dieser Bereich rechnerisch separiert werden.

7. BERICHTSPFLICHTEN UND MONITORING DURCH DIE EU-KOMMISSION

Art. 9 des Freistellungsbeschlusses enthält eine umfassende **Berichtspflicht** der Mitgliedstaaten, die alle zwei Jahre einen Bericht über die Anwendung des Beschlusses an die Kommission übermitteln sollen. Der Bericht soll u. a. Angaben dazu umfassen, welche Tätigkeiten innerhalb des in Art. 2 Abs. 1 des Beschlusses aufgeführten Anwendungsbereichs betraut wurden. Eine wortlautgleich geregelte Berichtspflicht enthält auch Rn. 62 des Unionsrahmens. Die von den Mitgliedstaaten eingereichten Berichte werden auf der Website der Kommission veröffentlicht (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html#reports).

In Deutschland berichtet die Bundesregierung an die EU-Kommission. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) als zuständige Behörde erstellt dazu einen schriftlichen Bericht. Darin werden die von den einzelnen Beihilfengebern (also im Wesentlichen Länder und Kommunen) gesammelten Daten akkumuliert. Es erfolgt also keine Berichterstattung über konkrete Einzelmaßnahmen, sondern das Ministerium ordnet die ihm vorliegenden Angaben entsprechend des Anwendungsbereichs des Freistellungsbeschlusses (Art. 2 Abs. 1) verschiedenen Fallgruppen zu. Innerhalb dieser Fallgruppen erfolgen allgemeine Ausführungen über Art und Gegenstand der betrauten Leistungen, Form und Dauer der Betrauungen, eventuell gewährte ausschließliche Rechte ▶

- ▶ sowie die Regelungen zum Ausgleichsmechanismus und zur Verhinderung von Überkompensationen. Schließlich erfolgt eine Angabe zur Höhe der gesamten im Betrachtungszeitraum in der jeweiligen Fallgruppe gewährten Beihilfen. Weiterer Bestandteil der Berichte an die Kommission ist eine Angabe zu eventuellen Beschwerden Dritter gegen unter dem Freistellungsbeschluss gewährte Beihilfen.

Der von der Bundesrepublik Deutschland je für den Zeitraum von zwei Jahren eingereichte Bericht zeigt deutlich auf, welche Bandbreite wirtschaftlicher Tätigkeiten durch DAWI-Betrauungen abgedeckt wird (auf der Website der Kommission ist derzeit nur der Bericht 2012 bis 2014 veröffentlicht, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2012_2014/germany_de.pdf; der Bericht für den Zeitraum 2014 und 2015 wurde vom BMWi im Juni 2016 bei der Kommission eingereicht). Insbesondere die Ausführungen auf Seiten 16 und 17 des Berichts enthalten eine Aufzählung von Konstellationen, in denen lokale Behörden Betrauungsakte erlassen haben. Diese Liste umfasst von der Wirtschafts- und Technologieförderung über Kultur- und Sporteinrichtungen, Zoos und Naturschutzmaßnahmen, Parkraumbewirtschaftung, Energieberatung, Beschäftigungsförderung, Rettungsdienste, Breitbandausbau bis hin zur Abwasser- und Abfallwirtschaft nahezu das gesamte Spektrum der kommunalen Daseinsvorsorge.

Gleichzeitig **weitet die Kommission ihr aktives Monitoring** der Beihilfengewährung durch die Mitgliedstaaten kontinuierlich

aus und erfasst dabei auch den DAWI-Bereich. Die Kommission prüft im Rahmen von Stichproben insbesondere, ob von ihr genehmigte Beihilfenregelungen auf Ebene der Mitgliedstaaten korrekt angewendet werden, wenn auf ihrer Basis Einzelbeihilfen gewährt werden. Nach eigener Darstellung in ihrem Bericht über die Wettbewerbspolitik 2015 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/part2_de.pdf) will die Kommission ihre diesbezüglichen Aktivitäten noch verstärken und insbesondere die Rechte aus der Verfahrensverordnung nutzen, die ihr u. a. die Möglichkeit gibt, sich an beihilfenrechtsrelevanten nationalen Gerichtsverfahren aus eigenem Recht mit einer Stellungnahme zu beteiligen (Art. 29 Abs. 2 Verfahrensverordnung).

Den im Rahmen dieses aktiven Monitorings von der Kommission angewendeten Kontrollstandard verdeutlicht ein **aktuelles Kontrollverfahren** zur DAWI-Einordnung der Bewirtschaftung von öffentlichen KFZ-Parkplätzen (SA.44263, noch nicht veröffentlicht). In einem diesbezüglichen Schreiben an die Bundesrepublik Deutschland aus dem April 2016 fordert die Kommission umfassende Darlegungen zu Beihilfen an vier stichprobenhaft ausgewählte kommunale Unternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet. Die Anforderung umfasst zum einen Angaben und Unterlagen zu den konkret gewährten Beihilfen und ihrer Beurteilung im Hinblick auf die Anforderungen des Freistellungsbeschlusses. Explizit werden hierbei auch Angaben zum Vorliegen korrekter Trennungsrechnungen und zu konkret durchgesetzten Kontrollmaßnahmen zur Verhinderung ▶

- ▶ von Überkompensationen gefordert. Zum anderen werden aber auch weitergehende Ausführungen erwartet, namentlich zur grundsätzlichen Einordnung der gewährten Zuwendungen als Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, zum DAWI-Charakter der Parkraumbewirtschaftung sowie zu eventuellen anderen Rechtfertigungsmöglichkeiten, für den Fall, dass die Kommissionsprüfung ergeben sollte, dass eine DAWI-Betrauung hier nicht möglich war. Wie das Beispiel zeigt, werden im Rahmen des Monitorings also nicht nur reine Informationen abgefragt, sondern es ist regelmäßig auch zur beihilfenrechtlichen Einordnung umfassend vorzutragen.

KAPITEL II

Staatliche Infrastrukturfinanzierung

Das Kapitel im Überblick: Dieses Kapitel enthält eine Darstellung der beihilfenrechtlichen Beurteilungsmaßstäbe im Bereich der Infrastrukturfinanzierung und der in Betracht kommenden Rechtfertigungsmöglichkeiten. Die konkrete Anwendung wird anhand von Beispielen aus der kommunalen Praxis aufgezeigt.

1. BEIHILFENRECHTLICHE GRUNDLAGEN DER INFRASTRUKTURFINANZIERUNG

a) Beihilfenrechtliche Prüfung auf drei Ebenen

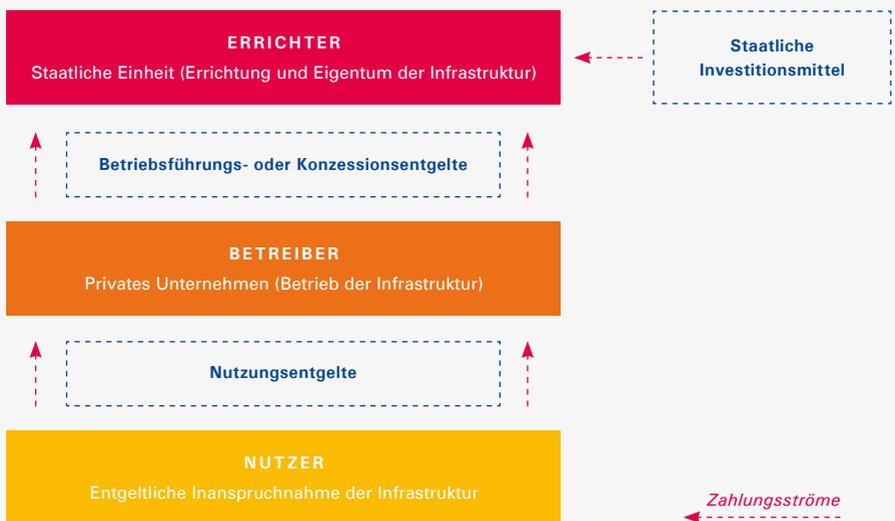
Ab einer gewissen Größenordnung werden Infrastrukturen regelmäßig in einer mehrstufigen Organisation errichtet und betrieben. Regelmäßig tritt dabei der Staat bzw. eine dem Staat zuzurechnende organisatorische Einheit als **Errichter und Eigentümer** der Infrastruktur auf. Der **Betrieb** der Infrastruktur erfolgt dann oftmals durch (private oder staatliche) Unternehmen im Auftrag des staatlichen Eigentümers. Der Betreiber erhält dabei neben dem Betriebsführungsentgelt des Eigentümers im Regelfall auch die von den **(End-)Nutzern** der Infrastruktur gezahlten Nutzungsentgelte. Im Falle einer Betriebskonzession stellen die Nutzungsentgelte die einzige Vergütung des Betreibers dar.

EXKURS: AUFTRAG VS. KONZESSION

Die Abgrenzung zwischen einem Auftrag und einer Konzession erfolgt danach, wer das wirtschaftliche Risiko aus einem Vertragsverhältnis trägt. Ein Auftrag liegt danach vor, wenn einem Unternehmen die Erbringung eines bestimmten Leistungsumfangs auferlegt wird. Soweit das Unternehmen die Leistung vertragsgemäß erbringt, hat es Anrecht auf die Gewährung des vereinbarten Entgelts. Das wirtschaftliche Risiko liegt hier beim Auftraggeber. Bei einer **Konzession** gewährt der Auftraggeber dem Unternehmen gegen Entgelt das Recht, einen öffentlichen Vermögensgegenstand auf eigene

Rechnung zu nutzen. Der Konzessionsnehmer kann von den Endnutzern regelmäßig Nutzungsentgelte verlangen, trägt aber alleine das wirtschaftliche Risiko.

BEISPIELHAFTHE STRUKTUR VON ERRICHTUNG UND BETRIEB EINER INFRASTRUKTUR:



Die EU-Kommission prüft staatliche Beihilfen auf allen drei Ebenen: Errichter, Betreiber, Nutzer. Sie unterscheidet die einzelnen Ebenen sorgfältig und hat für jede Ebene unterschiedliche Herangehensweisen entwickelt. Um das Vorliegen einer Beihilfe ausschließen zu können, kommen daher je nach Konstellation unterschiedliche Handlungsoptionen in Betracht.

▶ **b) Ausschluss von tatbestandlichen Beihilfen**

(1) Errichterebene

Die EU-Kommission selbst hatte lange Zeit die Ansicht vertreten, dass die **Errichtung** von Infrastruktur durch den Staat wirtschaftlich neutral sei (vgl. etwa Rn. 12 der Luftverkehrsleitlinien von 1994, ABl. EU C 350 vom 10. Dezember 1994, S. 5). Sie ging davon aus, dass keine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne des Beihilfenrechts vorliege und der Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt sei (siehe zu den Tatbestandsmerkmalen Band 1, Kapitel II). Die Rechtsprechung der Unionsgerichte hat diesen Ansatz jedenfalls für Flughäfen bereits im Jahr 2000 abgelehnt (EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2000, C-82/01 P - Aéroports de Paris). In seinem Urteil führt der EuGH aus, dass eine pauschale Einordnung als nicht wirtschaftliche Tätigkeit nicht gerechtfertigt sei. Vielmehr sei darauf abzustellen, wie die mit staatlichen Mitteln zu errichtende Infrastruktur später genutzt werden solle. Eine spätere **wirtschaftliche Nutzung** führe dazu, dass auch die Errichtung als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sei.

Diesen Ansatz hat die Unionsrechtsprechung in späteren Entscheidungen betreffend den Flughafen Leipzig-Halle nochmals vertieft und präzisiert (EuG, Urteil vom 24. März 2011, T-443/08; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, C-288/11 P). Seit diesen Entscheidungen gilt der **allgemeine Grundsatz**, dass die Errichtung von Infrastruktur nicht von der späteren Nutzung getrennt werden kann.

Erfolgt eine – durch Erhebung von **Nutzungsentgelten** indizierte – wirtschaftliche Nutzung, unterfällt auch die Errichtung dem Anwendungsbereich des Beihilfenrechts.

In ihrer aktuellen Mitteilung zur Auslegung des Begriffs der staatlichen Beihilfe (ABl. EU C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1) geht die EU-Kommission ebenfalls auf diese Frage ein. Sie führt unter Rn. 202 ff. aus, dass der o. g. Grundsatz des EuGH für alle Infrastrukturen gelte, die „untrennbar“ mit einer wirtschaftlichen Nutzung verbunden seien. Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts seien aber Infrastrukturen, die für **hoheitliche** Tätigkeiten des Staates genutzt werden sollen (z. B. militärische Anlagen), sowie solche Infrastrukturen, die der Allgemeinheit **unentgeltlich** zur Verfügung gestellt werden (etwa Straßen). Während das Vorliegen einer zukünftigen hoheitlichen Nutzung in der Regel relativ einfach beurteilt werden kann, stellt die Abgrenzung zwischen allgemeiner und wirtschaftlicher Infrastruktur oftmals eine nicht unerhebliche Herausforderung dar. In den Rn. 214 ff. der Mitteilung gibt die Kommission allerdings einige Hinweise zur Abgrenzung in wichtigen Wirtschaftsbereichen (u. a. Flughäfen, Häfen, Breitbandnetze, Energie, Eisenbahn, sowie Wasserversorgungs- und Abwassernetze).

► **PRAXISHINWEIS: ERLEICHTERUNGEN FÜR KULTUR-
INFRASTRUKTUREN UND -VERANSTALTUNGEN**

Hinsichtlich der aus kommunaler Sicht wichtigen **Finanzierung von Kultureinrichtungen und der Finanzierung kultureller Aktivitäten** schränkt die Kommission in ihrer Mitteilung zum Beihilfenbegriff den Grundsatz „Nutzungsentgelt gleich wirtschaftliche Tätigkeit“ ein. Unter Rn. 33 ff. führt sie aus, dass auch dann eine nicht wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen soll, wenn für die Nutzung einer Kultureinrichtung Entgelte (etwa Eintrittsgelder für ein Museum) erhoben werden, diese aber nur einen **Bruchteil** der tatsächlichen Kosten decken. Nur wenn die Finanzierung der Einrichtung **überwiegend** (d. h. zu mehr als 50 %) über Besucher- oder Benutzerentgelte erfolgt, soll es sich danach um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln.

Auch gilt laut der Kommissionsmitteilung (Rn. 197 lit. b) eine Erleichterung für rein regional ausgerichtete kulturelle Veranstaltungen und kulturelle Einrichtungen mit wirtschaftlichen Tätigkeiten. Solche Kultureinrichtungen, die „kaum Nutzer oder Besucher dazu veranlassen dürften, diese Angebote anstatt ähnlicher Angebote in anderen Mitgliedstaaten zu nutzen“ können nach Auffassung der Kommission beihilfenfrei finanziert werden. Der Beihilfenbegriff erfasst nach Auffassung der Kommission nur Zuwendungen „für große und renommierte Kultureinrichtungen und -veranstaltungen, für die intensiv außerhalb ihres regionalen Einzugsgebiets in dem betreffenden Mitgliedstaat geworben wird“, da nur diese geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinflussen.

Komplex sind insbesondere die Fälle, in denen wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Nutzungen innerhalb einer Infrastruktur zusammentreffen. Für diese Konstellation gibt die Kommission unter Rn. 205 ff. ihrer Mitteilung einige Hinweise. Danach soll die Finanzierung einer Infrastruktur nur **insoweit** unter das Beihilfenrecht fallen, als die mit den wirtschaftlichen Nutzungen verbundenen Kosten durch staatliche Mittel gedeckt werden. In diesem Fall sind also die Kosten und Einnahmen einer Infrastruktur im Wege einer Vollkostenrechnung **nach den Anteilen der zukünftigen Nutzung in wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Teile aufzugliedern**. Aber auch eine gemischt genutzte Infrastruktur kann in besonderen Fällen insgesamt aus dem Anwendungsbereich des Beihilfenrechts fallen, namentlich wenn die wirtschaftliche Nutzung eine „**reine Nebentätigkeit**“ darstellt (Rn. 207 der Mitteilung). In Betracht kommt dies, wenn es sich bei der wirtschaftlichen Tätigkeit nur um eine übliche Zusatzleistung handelt zu einer fast ausschließlich für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten genutzten Infrastruktur handelt. Das soll nach der Mitteilung dann der Fall sein, wenn die wirtschaftliche Nutzung für den Betrieb der Infrastruktur erforderlich ist oder in untrennbarem Zusammenhang mit der (nicht wirtschaftlichen) Hauptnutzung steht. Daher könnte etwa ein Museumshop oder eine Mitarbeiterkantine beihilfenrechtlich nicht relevant sein. Das gleiche wäre etwa der Fall bei der Bereitstellung von (bezahlten) Parkplätzen durch ein – ansonsten nicht wirtschaftlich tätiges – Museum oder Theater. Zusätzlich sollen durch die wirtschaftliche Nutzung nicht mehr als 20 % der Gesamtkapazität ▶

- ▶ der Infrastruktur in Anspruch genommen werden. Wie bereits der Wortlaut zeigt, muss also neben der Aufgliederung der Kosten und Einnahmen zur rechtssicheren Beurteilung in diesem Fall auch eine **quantitative Analyse** der Kapazitäten und Nutzungen erfolgen.

(2) **Betreiberebene**

Anders als die Errichtung, ist der **Betrieb** einer Infrastruktur regelmäßig als wirtschaftliche Tätigkeit einzuordnen. Denn für den Betrieb im Auftrag eines Eigentümers gibt es einen funktionierenden Markt, auf dem zahlreiche Unternehmen ihre Leistungen anbieten. Ob der – vom Eigentümer beauftragte – Betreiber einer Infrastruktur neben der Vergütung durch den Eigentümer auch noch Entgelte der Endnutzer erhält, ist für die Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist der Umstand, dass Betriebsführungsleistungen regelmäßig gegen Entgelt an einem Markt angeboten werden.

Eine Beihilfe an den Betreiber soll nach den Ausführungen der EU-Kommission in Rn. 223 ihrer Mitteilung zum Beihilfenbegriff dann vorliegen, wenn dieser den Auftrag oder das Recht zum Betrieb der Infrastruktur zu Konditionen erhalten hat, die er unter „normalen“ Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Hinsichtlich der **Methoden zur Bestimmung der marktüblichen Bedingung** verweist die Kommission auf die Darstellung in Abschnitt 4.2 der Mitteilung. Danach kommen mehrere Methoden in Betracht:

- Vorrang hat danach stets die Vergabe des Betriebsführungsauf-

Methoden zur Bestimmung der marktüblichen Konditionen:

- Ausschreibung
- Benchmarking
- Standardmethoden
z.B. IRR, NPV

trags bzw. der Konzession im Wege eines **Ausschreibungsverfahrens**. Dahinter steht die Ratio, dass im Rahmen eines solchen Verfahrens stets der Marktpreis für die ausgeschriebene Leistung ermittelt werden kann. Die Rn. 90 bis 96 der Mitteilung enthalten detaillierte Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (siehe hierzu auch Band 2, Kapitel III, Ziffer 2 lit. b). Das Verfahren soll danach einem möglichst breiten Bieterkreis offenstehen; Bieter sollen transparent informiert und diskriminierungsfrei behandelt werden. Die für die Entscheidung über den zukünftigen Auftragnehmer relevanten Kriterien sollen objektiv nachvollziehbar ausgestaltet und vorab bekanntgemacht werden. Besondere Bedingungen oder Verpflichtungen, die nicht in Zusammenhang mit dem Ausschreibungsgegenstand stehen oder auf nationalen gesetzlichen Regelungen beruhen, sind zu vermeiden. Aus Rn. 93 der Mitteilung ergibt sich, dass die Anwendung der in den einschlägigen **Vergaberichtlinien** der EU (Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, ABl. EU L 94, S. 65, in Deutschland seit dem 18. April 2016 umgesetzt im 4. Abschnitt des GWB sowie der Vergabeverordnung (VgV)) vorgesehenen Verfahren diesen Standards regelmäßig genügt. Eine Ausnahme gilt danach jedoch für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, welches nach dem Wortlaut der Mitteilung keine Gewähr für die Ermittlung des tatsächlichen Marktpreises bietet. Bei der Gestaltung der Zuschlagskriterien im Vergabeverfahren soll dem angebotenen **Preis großes Gewicht** beigemessen werden, wobei auch die von Bieter

- ▶ tenen Zusicherungen gewertet werden dürfen (Rn. 95, 96 der Mitteilung).
- Wird der Betriebsauftrag bzw. die Betriebskonzession nicht im Wege der Ausschreibung ergeben, kommt alternativ eine Ermittlung der marktüblichen Konditionen mittels **Benchmarking** in Betracht (Rn. 98 ff. der Mitteilung). Dabei werden vergleichbare Transaktionen herangezogen und die Konditionen danach ausgestaltet. Besondere Herausforderung dabei ist die Ermittlung tatsächlich vergleichbarer Transaktionen, wobei sowohl der Charakter des Unternehmens, die Art der Transaktion, als auch die spezifischen Umstände auf dem jeweils relevanten Markt in den Blick zu nehmen sind. Bei Märkten, die durch eine flächendeckende staatliche Intervention gekennzeichnet sind – wie etwa im Bereich der „Daseinsvorsorge“ – kann diese Ermittlungsmethode ggf. unergiebig sein, da hier die Preisbildung nicht durch das freie Spiel von Angebot und Nachfrage erfolgt, sondern möglicherweise durch den Staat verzerrt wird.
- Schließlich ist die Ermittlung von Marktkonditionen anhand von „**anerkannten Standardmethoden**“ möglich (Rn. 101 ff. der Mitteilung). Die Kommission nennt hier insbesondere die finanzwirtschaftlichen Methoden der Ermittlung eines internen **Kapitalzinsfußes** (Internal Rate of Return – IRR). Dabei wird die von dem Betreiber der Infrastruktur im konkreten Fall erzielbare Rendite mit der normalerweise im Rahmen von vergleich-

baren Transaktionen erwarteten (d. h. marktüblichen) Rendite verglichen. Auch hier liegt die entscheidende Herausforderung darin, zu bestimmen, welche Rendite angesichts der Spezifika der jeweiligen Konstellation üblicherweise erwartet werden kann. Alternativ zur IRR-Methode nennt die Mitteilung in Rn. 102 auch die Möglichkeit der Ermittlung des **Nettobarwertes** (Net Present Value – NPV). Der NPV ergibt sich aus der Differenz der über den gesamten Vertragszeitraum anfallenden positiven und negativen Zahlungsströme, die mit einem geeigneten Kapitalkostensatz abgezinst werden (vgl. zu Details Band 1, Kapitel III, Nr. 7 lit. b)).

(3) Nutzerebene

Auf Nutzerebene kann es zur Gewährung von Beihilfen kommen, wenn den **(End-)Nutzern** einer Infrastruktur diese zu nicht marktüblichen, d. h. vergünstigten Bedingungen zur Verfügung gestellt wird. Das ist zunächst nur dann relevant, soweit es sich bei den Nutzern um Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts handelt, weil ansonsten keine wirtschaftliche Tätigkeit gefördert wird und der Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist.

Soweit es sich bei den Nutzern um Unternehmen handelt, enthält die Mitteilung in Rn. 226 ff. die aus Sicht der Kommission in Betracht kommenden Möglichkeiten für den Ausschluss von Beihilfen. Entscheidend ist danach die Höhe der festgelegten Nutzungsentgelte. Die von der Kommission diesbezüglich genannten Möglich-

- ▶ keiten zur Bestimmung der marktüblichen Höhe entsprechen den Ausführungen für die Betreiberebene: Vorrang hat danach die Festlegung der Nutzungsentgelte im Wege eines **Ausschreibungsverfahrens**, alternativ kommt ein **Benchmarking** mit Nutzungsentgelten aus vergleichbaren Fällen in Betracht. Soweit beides nicht möglich ist, kann hier ebenfalls eine der **Standardmethoden** zur Anwendung kommen. Nach Auffassung der Kommission kann dies nur eine Prüfung der Rentabilität sein: die Marktüblichkeit ist danach nachgewiesen, wenn der Betreiber in der Lage ist, mit den Nutzungsentgelten alle aus dem Nutzungsvorgang resultierenden „inkrementellen Kosten“ sowie einen angemessenen Gewinnzuschlag zu erwirtschaften. Laut der in der Mitteilung diesbezüglich angesprochenen Entscheidung der Kommission (Entscheidung vom 1. Oktober 2014, SA.36147 (Propapier), ABl. EU L 89 vom 1. April 2015, S. 72, Rn. 176 ff.) sollen die „inkrementellen Kosten“ alle Personal-, Ausrüstungs- und Investitionskosten umfassen, die durch die Inanspruchnahme der Infrastruktur durch den jeweiligen Nutzer entstehen.

c) **Notifizierung und Dokumentation tatbestandlicher Infrastrukturbeihilfen**

Soweit sich das Vorliegen einer Beihilfe anhand der vorstehend geschilderten Methoden nicht ausschließen lässt, muss eine beihilfenrechtliche **Rechtfertigung** der staatlichen Mittelgewährung erarbeitet werden. Dazu kommt stets eine **Notifizierung** der Beihilfe bei der EU-Kommission in Betracht, die aber ein vergleichsweise auf-

wändiges Verfahren erfordert (siehe zum Verfahrensablauf Band I, Kapitel III, Ziffer 6 lit. b)). Daneben finden sich auch in der **Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung** (AGVO) umfangreiche Freistellungstatbestände für Infrastrukturen (zur AGVO siehe Band 1, Kapitel III, Ziffer 4); hier müssen Beihilfen bei der Kommission nur **angezeigt** – nicht **angemeldet** – werden. Schließlich kommt in einer Reihe von Konstellationen eine Einordnung von Infrastrukturen als **DAWI** in Betracht, so dass eine Betrauung des Eigentümers/Betreibers erfolgen kann (zu DAWI siehe Band 1, Kapitel III, Ziffer 3 sowie Kapitel I dieses Bandes). Alle genannten Möglichkeiten beinhalten im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Infrastrukturbeihilfen spezifische Herausforderungen und Schwerpunkte, auf die nachfolgend eingegangen werden soll.

(1) Notifizierung: Nachweis der Finanzierungslücke

Eine der größten Herausforderungen bei der Notifizierung von Infrastrukturbeihilfen bildet der methodisch saubere Nachweis der **Finanzierungslücke**, d. h. des Bedarfs an finanzieller Unterstützung, der durch staatliche Mittel gedeckt werden soll. Hierin liegt gleichzeitig einer der Schwerpunkte der Vereinbarkeitsprüfung durch die EU-Kommission. Anhand dieser Größe prüft die Kommission die Erforderlichkeit, den Anreizeffekt und die Angemessenheit einer staatlichen Beihilfe. ▶

- ▶ Die Ermittlung der Finanzierungslücke erfolgt durch die Berechnung des **Nettobarwerts** einer Infrastrukturinvestition. Dabei werden die **Nettocashflows** (Einzahlungen minus Auszahlungen) über die gesamte wirtschaftliche Nutzungsdauer der Anlageninvestition hinweg prognostiziert, auf ihren Gegenwartswert abgezinst und addiert. Als Auszahlungen werden die Ausgaben für die Investition selbst sowie die zahlungswirksamen Betriebsausgaben (d. h. ohne Abschreibungen) über den Betrachtungszeitraum hinweg berücksichtigt. Auf der Seite der Einzahlungen stehen die mit der Infrastruktur nach Inbetriebnahme erzielbaren Umsätze, etwa aus Nutzungsentgelten. Der im Rahmen der Abzinsung verwendete Abzinsungsfaktor soll die tatsächlichen Kapitalkosten des jeweiligen Unternehmens widerspiegeln. Dazu hat sich in der Praxis die Verwendung des gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatzes (weighted average cost of capital – WACC) durchgesetzt. Um diesen zu ermitteln, werden das im Rahmen der Investition eingesetzte Eigen- und Fremdkapital mit dem jeweils angesetzten Zinssatz bewertet und in Relation zueinander gesetzt.

PRAXISBEISPIEL:**BERECHNUNG DER FINANZIERUNGSLÜCKE**

Die U-GmbH ist eine Eigengesellschaft des Landkreises L. Die GmbH soll ein kreisweites Breitbandnetz aufbauen und gegen Entgelt an einen privaten Betreiber verpachten. Dieser Betreiber soll die Endkunden an das Netz anschließen, ihnen breitbandige Internetzugänge anbieten und dafür Entgelte von den Endkunden erhalten. Der Landkreis beabsichtigt, die Investitionen der U-GmbH durch einen Zuschuss zu fördern. Die wirtschaftliche Nutzungsdauer solcher Anlagen beträgt nach der amtlichen Abschreibungstabelle für Fernmeldeeinrichtungen des BMF 10 Jahre. Die GmbH rechnet über diesen Betrachtungszeitraum hinweg mit folgenden Ein- und Auszahlungen (Beträge beispielhaft):

Jahr	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Summe
Invest	-100	-20	-2	-2	-1	-1	-1	-1	-1	-1	-130
Betrieb	-10	-30	-30	-30	-30	-30	-30	-30	-30	-30	-280
Betriebseinnahme	9	18	36	36	36	36	36	36	36	36	315
Summe	-101	-32	4	4	5	5	5	5	5	5	-95

Der branchenübliche gewichtete Kapitalkostensatz (WACC) beträgt annahmegemäß hier 5,0 %. Der WACC wird als Abzinsungsfaktor verwendet, um den Nettobarwert der zukünftigen Zahlungsströme zu ermitteln. Der Nettobarwert der Investition errechnet sich auf dieser Basis wie folgt als Summe der Barwerte aller Netto-Cash-flows:

Berechnung der Kapitalkosten-Finanzierungslücke	Summe	Jahr 1	Jahr 2	Jahr 3	Jahr 4	Jahr 5	Jahr 6	Jahr 7	Jahr 8	Jahr 9	Jahr 10
Investitionen	(130)	(100,0)	(20,0)	(2,0)	(2,0)	(1,0)	(1,0)	(1,0)	(1,0)	(1,0)	(1,0)
Betriebskosten	(280)	(10,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)	(30,0)
Pacht (Betriebseinnahmen)	315	9,0	18,0	36,0	36,0	36,0	36,0	36,0	36,0	36,0	36,0
Nettocashflows	(95)	(101,0)	(32,0)	4,0	4,0	5,0	5,0	5,0	5,0	5,0	5,0
Gewichteter Kapitalkostensatz (WACC)		5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%
Barwertfaktor ¹		0,98	0,93	0,89	0,84	0,80	0,76	0,73	0,69	0,66	0,63
Barwert Investitionen	(124)	(97,6)	(18,6)	(1,8)	(1,7)	(0,8)	(0,8)	(0,7)	(0,7)	(0,7)	(0,6)
Barwert Betriebskosten	(218)	(9,8)	(27,9)	(26,6)	(25,3)	(24,1)	(22,9)	(21,8)	(20,8)	(19,8)	(18,9)
Barwert Pacht (Betriebseinnahmen)	242	8,8	16,7	31,9	30,3	28,9	27,5	26,2	25,0	23,8	22,6
Barwert Nettocashflows	(100)	(98,6)	(29,7)	3,5	3,4	4,0	3,8	3,6	3,5	3,3	3,1
Netto-barwert	(100)										

- In diesem Beispiel ergibt sich also ein **negativer Netto-barwert** der Investition. Damit ist zum einen nachgewiesen, dass eine staatliche Beihilfe **erforderlich** ist, da die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Vorhabens ohne die Unterstützung nicht gegeben ist. Ohne Beihilfe des Landkreises würde die U-GmbH das Vorhaben nicht durchführen, da es keine Aussicht auf Rentabilität hat und kommunale Unternehmen grundsätzlich einen Ertrag für den Haushalt abwerfen sollen (§ 102 Abs. 3 GemO i. V. m. § 48 LKrO Baden-Württemberg). Die

Beihilfe hat damit auch einen **Anreizeffekt**, da sie zur Umsetzung eines Vorhabens beiträgt, das anderenfalls nicht durchgeführt würde.

Der negative Nettobarwert bildet außerdem die Berechnungsgrundlage für die maximal zulässige Beihilfenhöhe. Diese wird errechnet, indem der Nettobarwert in Relation zu den abgezinsten Investitionsausgaben über den gesamten Betrachtungszeitraum gesetzt wird. Es ergibt sich folgende Berechnung:

$$\text{Maximal zulässige Beihilfenhöhe} = \frac{\text{Nettobarwert}}{\text{Investitionsausgaben}} = \frac{-100}{-124} = 81\%$$

Dieser Wert wird als in Prozent ausgedrückte **Finanzierungslücke** bezeichnet. Er bildet die maximale **Beihilfenintensität** ab, d. h. den Anteil der Investitionskosten, die der Landkreis vorliegend durch Zuschüsse fördern darf.

(2) AGVO: Dokumentation der Freistellungsvoraussetzungen

Die AGVO (Verordnung (EU) Nr. 651/2014 vom 17. Juni 2014, ABl. EU L 187 vom 26. Juni 2014, S. 1) stellt Beihilfen in bestimmten Wirtschaftszweigen von der vorherigen Notifizierung bei der Kommission frei, soweit die in der AGVO geregelten Voraussetzungen erfüllt sind. Bereits die aktuelle Fassung der AGVO enthält eine Reihe von **Freistellungstatbeständen für infrastrukturbezogene Beihilfen**. Die EU-Kommission hat außerdem im März 2016 einen Vorschlag für eine **Erweiterung** der Freistellungsmöglichkeiten auf Investitionsbeihilfen für Regionalflughäfen (Art. 56a) sowie See- ▶

- ▶ und Binnenhäfen (Art. 56b und 56c) vorgelegt, für den seit Oktober 2016 die zweite Konsultation erfolgt (Entwurf abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_second_gber_review/draft_regulation_de.pdf). Mit Verabschiedung der erweiterten Verordnung wird im ersten Quartal 2017 gerechnet.

ÜBERSICHT: INFRASTRUKTURBEZOGENE FREISTELLUNGSTATBESTÄNDE IN DER AGVO

Aktuelle Fassung der AGVO:

- Forschungsinfrastrukturen (Art. 26)
- Gebäudebezogene Energieeffizienzmaßnahmen (Art. 39)
- KWK-Anlagen (Art. 40)
- Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie (Art. 41)
- Fernwärme- und Fernkälteanlagen (Art. 46)
- Energieinfrastrukturen (Art. 48)
- Breitbandnetze (Art. 52)
- Kultureinrichtungen (Art. 53)
- Sport- und Freizeitinfrastrukturen (Art. 55)
- Lokale Infrastrukturen (Art. 56)

Zukünftig (voraussichtliches in Kraft treten
im ersten Quartal 2017):

- Regionalflughäfen (Art. 56a)
 - Seehäfen (Art. 56b)
 - Binnenhäfen (Art. 56c)
-

Um von der Freistellungswirkung der AGVO profitieren zu können, muss eine Maßnahme nicht nur die – in den besonderen Bestimmungen je Beihilfenart festgelegten – Voraussetzungen erfüllen, sondern auch den Vorgaben im allgemeinen ersten Kapitel der AGVO (Art. 1–9) entsprechen (vgl. EuGH, Urteil vom 21.07.2016, Rs. C-493/14, Dilly's Wellnesshotel GmbH). Zentrale Freistellungsvoraussetzung ist damit die **Anzeige** der Beihilfe bei der EU-Kommission bzw. die **Veröffentlichung** der in Art. 9 AGVO genannten Informationen im Internet. Danach sind eine kurze Beschreibung der Beihilfe (Beihilfenempfänger, Beihilfeninstrument, Ziele der Beihilfe) sowie der „volle Wortlaut“ der Beihilfemaßnahme über eine „Beihilfe-Website“ öffentlich zugänglich gemacht werden. Das Format dieser Beschreibung ist in einem Formular in Anhang II der AGVO vorgegeben. Für Beihilfen, die 500.000 Euro überschreiten, sind zusätzliche Angaben zu machen, die in Anhang III der AGVO genannt sind (Name des Empfängers, Art des Unternehmens, Region, Wirtschaftszweig, Beihilfeelement, Beihilfeinstrument, Tag der Gewährung, Ziel der Beihilfe, Bewilligungsbehörde). In der Verwaltungspraxis der deutschen Bundesländer findet ein von der EU-Kommission bereitgestelltes System Anwendung (vgl. hierzu Band 1, Kapitel III, Ziffer 4 lit. a)). Dieses System wird als „**Transparency Award Modul (TAM)**“ bezeichnet. Veröffentlicht werden die Informationen über Beihilfen auf einer von der Kommission für den Mitgliedstaat bereitgestellten Website (siehe: „Beihilfe-Datenbank“ unter: www.bmwi.de/go/beihilfenkontrollpolitik). Die Dateneingabe selbst erfolgt in Deutschland auf Bundes-, Landes- und ggf. ▶

- ▶ kommunaler Ebene über ein Webinterface. Die organisatorische Umsetzung erfolgt länderspezifisch differenziert. Entweder müssen die beihilfengewährenden Stellen hier selbst sämtliche nach dem 1. Juli 2016 gewährten Beihilfen über 500.000 Euro einpflegen, oder es erfolgt eine Sammeleingabe über zentrale Koordinatoren. Verwaltet wird das System über gestufte Administratorenrechte durch die Administratoren im BMWi, den Landeswirtschaftsministerien und denjenigen staatlichen Stellen, denen von Länder- oder Bundesseite lokale Administratorenrechte eingeräumt werden.

Art. 12 der AGVO normiert außerdem eine ausdrückliche Pflicht zur Vorhaltung ausführlicher **Aufzeichnungen und Unterlagen**, mit denen die Einhaltung der Freistellungsvoraussetzungen der AGVO belegt werden kann. Diese sind für zehn Jahre ab dem Tag der Beihilfengewährung aufzubewahren und müssen der Kommission im Falle einer Überprüfung im Regelfall innerhalb von 20 Arbeitstagen vorgelegt werden. Daraus ergibt sich, dass zwar nur wenige Angaben zu einer AGVO-Beihilfe tatsächlich veröffentlicht werden müssen (vgl. Anhang II zur AGVO), es aber trotzdem erforderlich ist, einen vollständigen **Vermerk über die Einhaltung sämtlicher Freistellungsvoraussetzungen** vorzuhalten. In der Praxis empfiehlt es sich, in diesem Vermerk zunächst den zugrundeliegenden Sachverhalt so ausführlich darzustellen, dass die Konstellation sich einem nicht mit der Angelegenheit vertrauten Leser erschließt. Anschließend sollten die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen (Art. 1–9 AGVO) sowie die jeweiligen besonderen Voraus-

setzungen für die jeweilige Beihilfenart (Art. 13–56 AGVO) systematisch nacheinander abgearbeitet werden. Es ist sehr zu empfehlen, die jeweiligen Einschätzungen sorgfältig zu begründen, da das Dokument im „Ernstfall“ einer kritischen Prüfung standhalten muss und deswegen aus sich heraus nachvollziehbar sein sollte.

(3) DAWI: Definition einer DAWI im Infrastrukturbereich

Wird ein Unternehmen mit einer Betrauung ausgestattet und erhält es auf Basis dieser Betrauung DAWI-Ausgleichsleistungen, bedarf es weder einer Notifizierung der Beihilfe, noch einer entsprechenden Anzeige. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten selbst dafür verantwortlich, dass die Voraussetzungen einer DAWI-Betauung eingehalten werden. Da die EU-Kommission aber jedenfalls prüfen kann, ob dem Mitgliedstaat bei der Definition der DAWI ein „offenkundiger Fehler“ unterlaufen ist, sollte auch dieser Punkt im Vorfeld einer Betrauung sorgfältig geprüft und dokumentiert werden. Auch hier ist zu empfehlen, die DAWI-Einordnung in einem **Vermerk** niederzulegen, der im Nachprüfungsfall die Einschätzung der betrauenden staatlichen Stelle belegen kann.

Im Bereich der **Infrastruktur** ist eine DAWI-Einordnung dabei in zahlreichen Konstellationen denkbar. Wenn an der Bereitstellung einer Infrastruktur ein allgemeines Interesse besteht, diese aber in der Regel nicht kostendeckend zu betreiben ist und daher von privaten Unternehmen nicht angeboten wird, kommt eine DAWI in Betracht. In der kommunalen Praxis betrifft dies insbesondere Gebäu- ▶

- ▶ de und Einrichtungen in den Bereichen **Kultur** (Theater, Museen), **Sport** (Sporthallen, Stadien, Schwimmbäder) und **Unterhaltung** (Stadthallen, Kulturzentren). Diese Einrichtungen gehören nach traditionellem Verständnis zum Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge und werden daher regelmäßig von Kommunen vorgehalten und finanziert.

Bei der **Definition** einer entsprechenden DAWI im Betrauungsakt ist zum einen sorgfältig darauf zu achten, dass wirklich nur diejenigen (abgrenzbaren) Teile und Funktionen einer Infrastruktur erfasst werden, für die tatsächlich die DAWI-Merkmale bejaht werden können. Häufig treffen innerhalb einer Infrastruktur aber verschiedene Nutzungen aufeinander, die dann sorgfältig abzugrenzen sind.

PRAXISBEISPIEL:

SCHWIMMBAD MIT WELLNESSLANDSCHAFT

Der städtische Schwimmbadkomplex in der Stadt A umfasst einerseits mehrere **Schwimmbekken sowie einen Sprungturm**, die insbesondere für Ausbildungszwecke und Schulschwimmen genutzt werden. Für diese Bereiche wird man eine DAWI-Fähigkeit unterstellen können, da solche Angebote zu allgemein verträglichen Preisen am Markt nicht existieren. In einem Anbau des Komplexes betreibt die Stadt daneben noch eine ausgedehnte **Wellnesslandschaft und ein Fitnessstudio**. Für diese Angebote sind am Markt zahlreiche private Wettbewerber aktiv, eine DAWI-Einordnung wird hier ausscheiden. Um die letztgenannten Angebote für Zwecke der Betrauung rechnerisch von der DAWI-Nutzung zu separieren,

müssen die jeweiligen infrastrukturbezogenen Kosten ermittelt werden. Dazu sind die Vollkosten der Infrastruktur (Abschreibungen, Finanzierungszinsen, Instandhaltung, Betriebskosten) zu ermitteln und auf die Nutzungen aufzuteilen. Den Kosten sind die jeweiligen Einnahmen gegenüberzustellen. Nur die insoweit im DAWI-Bereich entstehende Unterdeckung darf durch DAWI-Ausgleichsleistungen der Stadt finanziert werden, eine Quersubventionierung der anderen Bereiche ist zu verhindern.

Eine Besonderheit ergibt sich, wenn bei einer Infrastruktur Eigentümer und Betreiber auseinanderfallen. Lässt sich für den **Betrieb** einer der eingangs genannten Infrastrukturen (z. B. einer Stadthalle) regelmäßig ein Allgemeininteresse und Marktversagen feststellen, ist dies bei der **Errichtung und Vorhaltung** selbst nicht immer der Fall. Zwar ist der Betrieb einer Stadthalle ohne die vorhergehende Errichtung denklogisch nicht vorstellbar, so dass sich das Allgemeininteresse auch auf die Errichtung erstrecken wird. Aber es kann im Einzelfall durchaus Angebote am Markt für die Errichtung solcher öffentlichen Infrastrukturen geben, so dass ein Marktversagen nicht gegeben ist. Zu denken ist etwa an Bauunternehmen, die im Rahmen von ÖPP-Vorhaben solche Gebäude errichten und vorfinanzieren und dann an Kommunen betriebsfertig vermieten (sog. „operating leasing“). Daher muss in solchen Konstellationen neben der Abgrenzung der DAWI auch sorgfältig geprüft werden, welcher Rechtsträger die DAWI tatsächlich erbringt. Nur dieser kann über einen Betrauungsakt durch die öffentliche Hand finanziert werden.

d) Überblick: Beihilfenrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Infrastrukturbereich

Es zeigt sich, dass im kommunalen Bereich – für Infrastruktur, aber auch bei der Daseinsvorsorge – eine Reihe von Möglichkeiten bestehen, wirtschaftliche Tätigkeiten finanziell zu fördern, ohne Beihilfen bei der EU-Kommission notifizieren zu müssen. Die Gestaltungsmöglichkeiten unterscheiden sich jedoch zum Teil deutlich, was die nachfolgende Übersicht verdeutlichen soll. Welche Möglichkeit sinnvollerweise zur Anwendung kommen kann, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls sorgfältig geprüft werden.

VERGLEICH DER FÖRDERMÖGLICHKEITEN NACH DAWI, AGVO UND DE-MINIMIS

	DAWI-Freistellungsbeschluss	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	De-Minimis-Verordnung
Ansatzpunkt	Rechtfertigungsebene	Rechtfertigungsebene	Tatbestandsebene
Zeitliche Reichweite	Nur Zukunft	– Zukunft – ggf. Vergangenheit (soweit sämtliche Freistellungsvoraussetzungen erfüllt)	– Zukunft – ggf. Vergangenheit (soweit sämtliche Freistellungsvoraussetzungen erfüllt)
Beihilfefähige Kosten	Investitions- und Betriebskosten	Investitionskosten, zum Teil auch Betriebskosten	Investitionskosten, nur zum Teil auch Betriebskosten
Beihilfenhöchstbetrag	– 15 Mio. Euro p. a. – im Sozial- und Verkehrsbereich unbegrenzt	Je nach Freistellungstatbestand unterschiedlich, im Kulturbereich z. B. 100 Mio. Euro Investitionsbeihilfen pro Vorhaben, 50 Mio. Euro Betriebsbeihilfen p. a.	Bis zu 200.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Jahren (für DAWI: 500.000 Euro)
Umsetzungsaufwand	– Definition und Abgrenzung DAWI/Nicht-DAWI – Erfassung Ausgleichsleistungen – Erlass Betrauungsakt – ggf. Einrichtung Trennungsrechnung – laufende Überkompensationskontrolle	– Prüfung und Dokumentation Freistellungsvoraussetzungen – ggf. Einrichtung Trennungsrechnung – Anzeige bei der EU-Kommission	– Prüfung Einhaltung Betragsgrenzen – Einholung De-Minimis-Bestätigung – laufende Betragskontrolle – für DAWI ggf. zusätzlich: Definition und Abgrenzung DAWI; Erlass Betrauungsakt; ggf. Trennungsrechnung

2. PRAXISBEISPIELE AUS DEM KOMMUNALEN BEREICH

a) **Veranstaltungseinrichtungen**

Das Bestehen ausreichender, ortsnaher Angebote für Unterhaltung und kulturelle Bildung gilt allgemein als essenzieller Bestandteil jedes Gemeinwesens. Kommunen engagieren sich daher traditionell stark in diesem Bereich durch die Vorhaltung von Infrastrukturen zur Durchführung von Veranstaltungen. Die Strukturen und Angebotsprofile sind dabei sehr heterogen, die Bandbreite reicht je nach Kommune von „klassischen“ Gemeindezentren und Stadthallen, über moderne Multifunktionsarenen bis hin zu ausgedehnten Kongress- und Messezentren mit zum Teil weltweiter Bedeutung. Gemein ist allen Einrichtungen aber der Umstand, dass sie oftmals nicht kostendeckend arbeiten, jedenfalls die erforderlichen Investitionen durch die Einnahmen aus dem laufenden Betrieb nicht refinanziert werden können. Kommunen finanzieren diese Einrichtungen daher regelmäßig durch Zuschüsse und andere Transfermaßnahmen.

Aufgrund des heterogenen Charakters der einzelnen Einrichtungen ist nicht nur die beihilfenrechtliche Einordnung oftmals komplex. Es kommen auch typischerweise mehrere Optionen zur Rechtfertigung eventueller Beihilfen in Betracht. Das Vorgehen der Praxis im Einzelfall verdeutlicht das nachfolgende Beispiel. ▶

PRAXISBEISPIEL: KONZERT- UND KULTURHALLE

Die Stadt L ist Eigentümerin einer **Konzert- und Kulturhalle (KuK)**, die sie steuerlich in einem Betrieb gewerblicher Art (BgA) auch selbst betreibt, d. h. nach außen als Vermieter an die Nutzer der Halle auftritt. In der KuK finden vielfältige Freizeit-, Unterhaltungs- und Kulturveranstaltungen, aber auch Unternehmensveranstaltungen, Kongresse und Messen statt. Die Betriebsführung der KuK erfolgt im Namen und auf Rechnung des BgA durch eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Stadt. Bei dieser GmbH ist insbesondere das gesamte im Rahmen des Hallenbetriebs eingesetzte Personal beschäftigt. Die GmbH erhält von dem BgA ein kostendeckendes Betriebsführungsentgelt. Auf Ebene des BgA entstehen regelmäßig Verluste, da die Einnahmen aus der Hallenvermietung nicht ausreichen, um das Betriebsführungsentgelt und die Infrastrukturkosten (Abschreibungen und Zinslasten) zu decken. Diese Verluste werden im Rahmen des Gesamthaushaltes der Stadt konsolidiert, d. h. mit anderen Haushaltspositionen verrechnet. Es stellt sich die Frage, inwieweit dieser Ausgleich beihilfenrechtlich relevant ist und wie er ggf. gerechtfertigt werden kann.

Zunächst steht der Umstand, dass es sich bei dem BgA um eine rein steuerliche Figur handelt und dieser keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, einer Einordnung als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne nicht entgegen. Auch **unselbstständige Einrichtungen** sind für Zwecke des Wettbewerbsrechts als Unternehmen einzuordnen, soweit sie Waren oder Dienstleistungen am Markt anbieten.

Damit kann eine Gebietskörperschaft gleichzeitig sowohl hoheitlich (etwa im Rahmen der Ordnungsverwaltung), als auch wirtschaftlich tätig sein, z. B. bei der Vermietung von Vermögensgegenständen gegen Entgelt (näheres hierzu in Band 1, Kapitel II, Ziffer 2., lit. b). Für Zwecke dieses Beispiels wird unterstellt, dass auch die weiteren Tatbestandsmerkmale von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen, also der Verlustausgleich insbesondere zumindest potenziell grenzüberschreitende Auswirkungen auf den Wettbewerb hat (siehe zu Sachverhalten mit rein lokalen Auswirkungen Band 1, Kapitel II, Ziffer 2, lit. e).

Sodann wäre zu überlegen, welche **Rechtfertigungsmöglichkeiten** für die so gewährten Beihilfen in Betracht kommen. Im Rahmen der AGVO bieten sich die Freistellungsregelungen für Kultur (Art. 53) und Multifunktionale Freizeitinfrastruktur (Art. 55) an. Daneben lassen sich Angebote wie das der KuK oftmals aber auch das DAWI einordnen (vgl. Kapitel I, Ziffer 6, lit. b). Die angesprochenen Möglichkeiten unterscheiden sich aber hinsichtlich der Reichweite der beihilfenrechtlichen Rechtfertigung. Insbesondere wirkt die AGVO potenziell auch für in der Vergangenheit bereits gewährte Beihilfen rechtfertigend, während eine DAWI-Betrachtung stets nur zukünftige Beihilfen erfassen kann. Die nachfolgende Übersicht zeigt die verschiedenen Möglichkeiten auf. ▶

	Investitionsbeihilfen		Betriebsbeihilfen	
	Rückwirkung*	Zukunft	Rückwirkung*	Zukunft
Kultur, Art. 53 AGVO	< 100 Mio. Euro pro Projekt	< 100 Mio. Euro pro Projekt	< 50 Mio. Euro pro Unternehmen p. a.	< 50 Mio. Euro pro Unternehmen p. a.
Multifunktionale Freizeitinfrastruktur, Art. 55 AGVO	< 15 Mio. Euro pro Vorhaben, max. 50 Mio. Euro Gesamtkosten	< 15 Mio. Euro pro Vorhaben, max. 50 Mio. Euro Gesamtkosten	Nicht möglich	Nicht möglich
DAWI, Freistellungsbeschluss	Nicht möglich	< 15 Mio. Euro p. a.	Nicht möglich	< 15 Mio. Euro p. a.

* Die "rückwirkende" Anwendung der AGVO ist nur dann möglich, wenn auch alle Voraussetzungen dazu eingehalten wurden.

- ▶ Danach ist die Reichweite von Art. 53 AGVO am größten. Die Regelung erlaubt im Vergleich mit Art. 55 AGVO weitaus größere Beihilfenbeträge, umfasst neben Investitions- auch Betriebsbeihilfen und weist – im Gegensatz zu einer DAWI-Betrauung – auch **Rückwirkung** für die Rechtfertigung bereits gewährter Beihilfen auf. Es bietet sich also an, zunächst eine Rechtfertigung auf Basis von Art. 53 zu untersuchen und Art. 55 sowie eine Betrauungslösung nachrangig zu betrachten.

Im Rahmen von **Art. 53 AGVO** ist die Gewährung von **Investitions- und Betriebsbeihilfen** notifizierungsfrei möglich, allerdings an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. **Investitionsbeihilfen** für Bau, Modernisierung, Erwerb, Erhaltung oder Verbesserung von Infrastrukturen sind nur dann freistellungsfähig, wenn **mindestens 80 %** der verfügbaren Kapazitäten für kulturelle Zwecke

genutzt werden. Damit ist im vorliegenden Fall im ersten Schritt zunächst der Anteil der investiven Kosten am Verlustausgleich zu ermitteln (d. h. insbesondere die Abschreibungen). Sodann ist zu prüfen, welchen Umfang die kulturellen Nutzungen an der Gesamtkapazität haben. **Betriebsbeihilfen** können zwar nach Ziffer 5 der Regelung grundsätzlich freigestellt werden, allerdings – dem Normzweck von Art. 53 entsprechend – nur, soweit diese auf die kulturellen Nutzungen entfallen. Damit ist die nach Abzug der investiven Anteile verbleibende Kostenunterdeckung auf die einzelnen Nutzungsarten aufzuteilen, z. B. nach den prozentualen Anteilen an der Gesamtkapazität der KuK zu schlüsseln. Erwirtschaftet der BgA im Beispiel auch mit den Unternehmensveranstaltungen, Messen und Kongressnutzungen ein Betriebskostendefizit, kann dies im Rahmen von Art. 53 AGVO nicht ausgeglichen werden. Die Bereitstellung der KuK für diese Nutzungen müsste also grundsätzlich kostendeckend erfolgen.

Die alternative Freistellungsmöglichkeit von **Art. 55 AGVO** erlaubt Investitionsbeihilfen für **multifunktionale Freizeitinfrastrukturen**. Nach der Definition in Ziffer 3 der Regelung umfasst der Begriff Einrichtungen, die **insbesondere Kultur- und Freizeitdienstleistungen** anbieten. Insoweit ergibt sich hinsichtlich der Reichweite der Freistellungsregelung im Praxisbeispiel kein Unterschied, da von Art. 55 AGVO ebenfalls die Kulturnutzungen erfasst werden, aber nicht die Unternehmensveranstaltungen, Messen und Kongressnutzungen; diese sind weder Kultur- noch Freizeit- ▶

- ▶ dienstleistung, weil hier der **erwerbswirtschaftliche Charakter** im Vordergrund steht. Auch hier müssten also diese Nutzungen im Hinblick auf die investiven Anteile kostendeckend arbeiten, d. h. zumindest die Abschreibungen auf das Anlagevermögen refinanzieren. **Betriebsbeihilfen** sind für multifunktionale Freizeitinfrastrukturen in Art. 55 AGVO gar nicht vorgesehen (sondern ausschließlich für Sportinfrastrukturen). Diesbezüglich ist die Reichweite der Regelung geringer als die von Art. 53, der jedenfalls für kulturelle Nutzungen solche Beihilfen zulässt. Während die Kommission bei Freizeitinfrastrukturen also davon ausgeht, dass diese jedenfalls ihre laufenden Betriebskosten aus den Einnahmen decken sollen, gilt diese Vorgabe bei reinen Sportinfrastrukturen nicht.

Damit verbleibt als letzte Alternative die Möglichkeit einer **DAWI-Betraugung**. Dabei ist entscheidend, inwieweit sich die Zurverfügungstellung der KuK als DAWI einordnen lässt, also (1) ein **Allgemeininteresse** an der Bereitstellung besteht und (2) ein **Marktversagen** vorliegt. Eine Einordnung als DAWI kann für die kulturellen Nutzungsanteile grundsätzlich regelmäßig bejaht werden. Fraglich sind dabei lediglich Veranstaltungen an der Grenze zwischen Kultur- und Freizeitbereich, etwa Partys oder Galaveranstaltungen. Hier ist jedenfalls in Großstädten oft fraglich, ob angesichts der zahlreichen Veranstaltungsorte für solche Angebote tatsächlich ein Marktversagen vorliegt. Noch problematischer ist die Frage, ob sich die Zurverfügungstellung von Veranstaltungsräumen für Unternehmensveranstaltungen, Messen und Kongres-

sen als DAWI qualifizieren lässt. Zwar wird diese Frage in der derzeitigen Praxis verbreitet bejaht. Ob diese Einschätzung allerdings angesichts des intensiven Wettbewerbs der (meist öffentlich geförderten) Messe- und Kongressstandorte untereinander und der zu beobachtenden Überkapazitäten einer kritischen Überprüfung standhalten würde, kann nicht sicher prognostiziert werden. Da die EU-Kommission zumindest prüfen kann, ob ein Mitgliedstaat im Rahmen der Definition der DAWI einen „offensichtlichen Fehler“ begangen hat, ist eine sehr sorgfältige Prüfung und Abwägung zu empfehlen.

Im hiesigen Beispiel führt damit **keine der in Betracht kommenden Rechtfertigungsmöglichkeiten** zu dem Ziel, den kompletten Verlustausgleich zugunsten des BgA beihilfenrechtlich zu legitimieren. Zwar ist es denkbar, verschiedene Rechtfertigungsmöglichkeiten zu kombinieren. Im Beispiel wäre es also – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – möglich, die Investitionsbeihilfen über Art. 55 AGVO zu rechtfertigen, die Betriebsbeihilfen (soweit sie auf die kulturelle Nutzung entfallen) dagegen über Art. 53. Eine solche Kombinationslösung verlangt eine sorgfältige Ermittlung der Kosten- und Einnahmenanteile und Zuordnung der staatlichen Ausgleichsleistungen zu den unterschiedlichen Nutzungsbereichen. In jedem Fall verbleibt aber der Bereich der Unternehmensveranstaltungen, Messen und Kongresse, der besonders sorgfältiger Betrachtung bedarf. Hierfür ist keine beihilfenrechtliche Privilegierung in der AGVO oder dem DAWI-Paket ersichtlich. ▶

- ▶ Insofern käme allenfalls eine Anwendung der De-Minimis-Verordnung in Betracht, was wiederum voraussetzt, dass die auf diese Nutzungen entfallenden Beihilfen nicht mehr als 200.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Jahren betragen (siehe hierzu Band 2, Kapitel VI). Sind auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, wäre zu empfehlen, diesen Bereich auf kostendeckenden Betrieb umzustellen.
-

b) Hafeneinrichtungen

Hafeninfrastrukturen spielen naturgemäß im Wirtschaftsleben norddeutscher Städte eine besonders wichtige Rolle. Aber auch viele im Binnenland gelegene Kommunen verfügen über bedeutende Häfen. So liegen mit Mannheim, Karlsruhe und Heilbronn drei der zehn (nach Umschlagmenge) größten deutschen Binnenhäfen in Baden-Württemberg. Daneben existieren eine Vielzahl von kleineren Häfen, insbesondere an den großen Wasserstraßen Rhein und Neckar. Die weit überwiegende Mehrzahl dieser Häfen wird im sogenannten „**Landlord-Modell**“ betrieben. Dabei liegt das Eigentum an den Hafenanlagen bei der öffentlichen Hand oder einer zu ihr gehörenden Gesellschaft. Der eigentliche Umschlagbetrieb wird von rechtlich getrennten Unternehmen auf Basis von Pachtverträgen und/oder Konzessionen durchgeführt. An diesen Hafendienstleistern sind in der Regel private Investoren beteiligt, oder es handelt sich dabei um reine Privatunternehmen. Die Nutzer der Häfen entrichten Nutzungsentgelte an diesen Betreiber.

BEISPIELHAFTE STRUKTUR EINES HAFENS IM „LANDLORD-MODELL“



→ = PACHTZINSEN, HAFENNUTZUNGSENTGELTE, KONZESSIONSENTGELTE

- ▶ Die öffentliche Hand als Eigentümerin hat damit regelmäßig die Investitionslast zu tragen, d. h. sie finanziert die Errichtung, Unterhaltung und Erweiterung der Infrastruktur. Da aber die Investitionen im Regelfall nicht aus den Einnahmen (Pacht- oder Konzessionsentgelte der Betreiber) refinanziert werden können, werden Investitionsvorhaben oftmals aus allgemeinen Haushaltsmitteln bezuschusst. Mit der Zurverfügungstellung der Infrastruktur gegen Entgelt liegt eine **wirtschaftliche Tätigkeit** der öffentlichen Hand vor; der Transfer von Haushaltsmitteln zugunsten des Infrastruktureigentümers stellt daher eine Begünstigung eines Unternehmens im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV dar (siehe hierzu oben Ziffer 1, lit. b). Allerdings erkennt die Kommission in ihrer jüngeren Entscheidungspraxis durchaus an, dass kleinere Häfen oftmals keine grenzüberschreitende Bedeutung haben und staatliche Zuwendungen in diesen Fällen daher keine Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sind (Entscheidung vom 29. April 2015, SA.39403 (Lauwersoog), ABl. EU C 259 vom 7. August 2015, S. 1; Entscheidung vom 20. Juli 2016, SA.44692 (Wyk auf Föhr), ABl. EU C 302 vom 19 August 2016, S. 1).

Eine Rechtfertigung ggf. vorliegender Beihilfen auf Basis der **AGVO** scheidet schon deswegen aus, weil es in der Verordnung keinen passenden Freistellungstatbestand gibt. Der grundsätzlich offen formulierte Art. 56 (lokale Infrastrukturen) ist laut Ziffer 2, Satz 2 auf Hafeninfrastrukturen explizit nicht anwendbar.

HINWEIS: MÖGLICHE AUSWEITUNG DER AGVO AUF FLUGHAFEN- UND HAFENINFRASTRUKTUREN

Die EU-Kommission hat – nicht zuletzt auf Initiative der Mitgliedstaaten – einen Vorschlag zur Ausweitung der AGVO auf weitere Infrastrukturen vorgelegt (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_second_gber_review/draft_regulation_de.pdf). Ziel ist es dabei, zukünftig auch Beihilfen für Flughäfen und Hafeninfrastuktur bis zu einer gewissen Größenordnung unter der AGVO notifizierungsfrei gewähren zu können. Das Entwurfsdokument sieht auf **Investitionsbeihilfen** begrenzte Freistellungsmöglichkeiten für Flughäfen, See- und Binnenhäfen vor. Die zweite öffentliche Konsultation zum Entwurf endete am 8. Dezember 2016. Mit einem Inkrafttreten der endgültigen Neufassung wird derzeit im ersten Quartal 2017 gerechnet.

Alternativ kann in den meisten Fällen auch **nicht auf eine Be-
trauung mit DAWI** zurückgegriffen werden. Der Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses (siehe Kapitel I, Ziffer 2, lit. c) (1)) ist gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. e) beschränkt auf Seeverkehrshäfen mit nicht mehr als 300.000 Passagieren im Durchschnitt über zwei Wirtschaftsjahre. Dem Wortlaut nach sind Binnenhäfen damit von vorneherein ausgeschlossen; die Regelung ist darüber hinaus so zu verstehen, dass auch Frachthäfen nicht darunter fallen. Möglich ist die Anwendung danach alleine auf kleinere Passagierhäfen, die etwa den Personenverkehr zu den deutschen Inseln sicherstellen. Der **DAWI-Unionsrahmen** (siehe Kapitel I, Ziffer 2, lit. c, (3)) und die ▶

- ▶ **Altmark Trans-Rechtsprechung** (siehe Kapitel I, Ziffer 2, lit. a) sind zwar auf Hafeninfrastrukturen grundsätzlich anwendbar. Es ist aber in vielen Fällen fraglich, ob die Vorhaltung eines Hafens überhaupt als DAWI definiert werden kann. Der EuGH hat diese Frage in zwei Entscheidungen bisher offen gelassen (EuGH, Urteil vom 17. Juli 1997, C-242/95 (GT Link), Rn. 62; Urteil vom 27. November 2003, C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Rn. 33). Ein Allgemeininteresse wird man im Hinblick auf den wirtschaftsfördernden Charakter von Häfen wohl noch bejahen können. Ob aber angesichts der vielfältigen Transportalternativen stets auch ein Marktversagen zu erkennen ist, darf bezweifelt werden.

Damit verbleibt (jedenfalls bis zum Inkrafttreten der erweiterten AGVO) als einzige beihilfenrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeit die **Notifizierung** der Beihilfe bei der EU-Kommission. Im Unterschied zu Flughäfen (Leitlinien für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaft, ABl. EU C 99 vom 4. April 2014, S. 3) hat die Kommission bislang keine allgemeinen Leitlinien für Häfen veröffentlicht, in denen ihre Entscheidungspraxis niedergelegt wäre. Insoweit ergibt sich die Vorgehensweise alleine aus den von der Kommission in der Vergangenheit getroffenen Entscheidungen. Danach wendet sie ihr im Rahmen von Art. 107 Abs. 3 c) übliches Prüfungsschema auch auf Häfen an und untersucht die folgenden Fragen:

- Wird mit der Beihilfe ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt?

- Finanzielle Analyse: Ist die Beihilfe zur Zielerreichung erforderlich, geeignet und angemessen (d. h. auf den nachgewiesenen Bedarf beschränkt)?
- Hat die Beihilfe einen Anreizeffekt, d. h. führt sie zur Umsetzung eines Projekts, welches ohne staatliche Unterstützung nicht umgesetzt worden wäre?
- Wettbewerbliche Analyse: Überwiegen die positiven Effekte des Projekts die negativen Aspekte?

Der Prüfungsschwerpunkt liegt dabei auf der **finanziellen Analyse**, d. h. der Ermittlung der Finanzierungslücke als Voraussetzung für die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Beihilfe (vgl. für ein Beispiel oben Ziffer 1, lit. c).

Einen weiteren Prüfungsschwerpunkt bildet regelmäßig die **wettbewerbliche Analyse** möglicher negativer Effekte der staatlichen Förderung. Nur wenn diese so begrenzt sind, dass die positiven Effekte der Beihilfe überwiegen, kann die Kommission die Beihilfe genehmigen. Die Prüfung im Hafensbereich umfasst eine Analyse des Wettbewerbsumfeldes des jeweiligen Hafens, insbesondere hinsichtlich der Größenverhältnisse im Vergleich zu Wettbewerbern innerhalb des lokalen Marktes (vgl. etwa Entscheidung vom 18. Dezember 2009, C 21/09 (Piräus), Rn. 112 ff.; Entscheidung vom 15. Juni 2011, N 44/2010 (Krievu Sala), Rn. 110 ff.). Die Kommission achtet hier besonders darauf, dass keine **Überkapazitäten** geschaffen werden und es nicht zu einer **Doppelung** bereits vorhandener Infra- ▶

- ▶ strukturen kommt. Kritisch ist die Prüfung, wenn im relevanten Markt bereits bestehende Kapazitäten nicht hinreichend ausgelastet sind. Die bisherige Kommissionpraxis erscheint in diesem Punkt zwar eher großzügig. Angesichts der verstärkten Prüftätigkeiten der EU-Kommission (vgl. Pressemitteilung IP/14/794 vom 9. Juli 2014 zu Prüfverfahren in den Niederlanden, Frankreich und Deutschland) und der aktuell zu beobachtenden Überkapazitäten im Hafenbereich erscheint eine Verschärfung jedoch nicht ausgeschlossen.

c) Sporteinrichtungen

Zahlreiche Kommunen halten Infrastrukturen für sportliche Zwecke vor, etwa Sporthallen, Fußballplätze, Stadien oder Schwimmbäder. Diese werden – regelmäßig gegen Entgelt – örtlichen Vereinen oder auch wirtschaftlich orientierten Betreibern zur Verfügung gestellt, oftmals zur Exklusivnutzung. Die erhobenen Nutzungsentgelte sind aber typischerweise nicht kostendeckend, jedenfalls dann, wenn die gesamten Infrastrukturkosten inklusive der Abschreibungen auf das Anlagevermögen und die Zinslasten für die Finanzierung der Anlagen mit in die Betrachtung einbezogen werden. Daher stellt sich in diesen Fällen regelmäßig die Frage nach der beihilfenrechtlichen Einordnung solcher Leistungen der öffentlichen Hand. Wird dieser Problembereich bei Anlagen für den Breitensport eher zurückhaltend diskutiert, nimmt die Diskussion Fahrt auf, sobald Profisportveranstaltungen betroffen sind. Hier gibt es regelmäßig auch auf Ebene der Bereitstellung von Infrastrukturen erheblichen Wettbewerb, da die von Profisportvereinen gezahlten Nutzungsent-

gelte naturgemäß deutlich höher liegen, als im Breitensport.

Die Abgrenzung zwischen Breiten- und Profisport ist auch nicht zuletzt deswegen wichtig, weil die EU-Kommission Breitensportangebote regelmäßig als nicht wirtschaftliche Tätigkeiten einordnet (Kommission, Entscheidung vom 1. Oktober 2014, SA.31550 – Nürburgring – Rn. 174). Daher können solche Angebote durch die öffentliche Hand – etwa mittels Bereitstellung von Infrastrukturen – ohne beihilfenrechtliche Restriktionen gefördert werden, weil insoweit der Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist. Profisportangebote hingegen sind nach gefestigter Ansicht der Kommission und insbesondere der europäischen Gerichte wirtschaftliche Tätigkeiten, da hier regelmäßig die Erzielung von Einnahmen im Vordergrund steht und diese Angebote im Wettbewerb mit konkurrierenden Unterhaltungsangeboten um die Gunst des Zuschauers stehen (EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1974, Rs. 36/74 – Walrave). Ein Hinweis darauf, welche Maßstäbe die EU-Kommission bei der Abgrenzung zwischen Breiten- und Profisport anlegt, findet sich in Art. 2 Nr. 143 der AGVO. Dort definiert die Kommission den Begriff Profisport wie folgt:

„Ausübung von Sport als entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung (ungeachtet dessen, ob zwischen dem Profisportler/der Profisportlerin und dem betreffenden Sportverband ein formeller Arbeitsvertrag geschlossen wurde), bei der der Ausgleich höher ist als die Teilnahmekosten und einen erheblichen Teil des Einkommens des Sportlers/der Sportlerin ausmacht.“

- ▶ Sobald also eine Förderung von Sportangeboten im Raum steht, bei denen die Sportler vom Verein/Anbieter für Ihre Teilnahme arbeitnehmerähnlich bezahlt werden (und nicht nur eine Kostenersatzung oder ein geringfügiges Entgelt erhalten), liegt nach dieser Definition eine Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit nahe. Daher wird man – insbesondere im Fußball oder Eishockey – bereits die Tätigkeit von Drittligisten oftmals als „Unternehmen“ im beihilfenrechtlichen Sinne qualifizieren müssen. Entsprechend stellt zum Beispiel die Zurverfügungstellung einer Spielstätte für solche Vereine zu nicht kostendeckenden Konditionen regelmäßig eine staatliche Beihilfe dar. Die Kommission hat auf Basis dieses Verständnisses in jüngster Zeit etwa ein Grundstücksgeschäft zwischen der Stadt Madrid und dem Erstligisten Real Madrid als beihilfenrechtswidrig eingestuft (Entscheidung vom 4. Juli 2016, SA.33754 – Real Madrid; vgl. auch Pressemeldung der Kommission IP/16/2401 vom 4. Juli 2016). Eine parallel untersuchte Transaktion zwischen der Stadt Eindhoven und dem Profiverein PSV Eindhoven wurde hingegen als beihilfenfrei eingestuft, da dem Verein kein wirtschaftlicher Vorteil entstanden sei (Entscheidung vom 4. Juli 2016, SA.41613 – PSV – bisher nicht veröffentlicht; vgl. auch Pressemeldung der Kommission IP/16/2402 vom 4. Juli 2016).

Auch Profisportvereine können aber nicht wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, nämlich soweit sie Jugend- bzw. Amateurmanschaften unterhalten oder sich in der Ausbildung bzw. der Förderung des Breitensports betätigen (vgl. Kommission, Entscheidung

vom 25. April 2001, N118/2000 – clubs sportifs professionnels; Entscheidung vom 06. April 2005, N555/2004 – Omniworld). Die Ausübung solcher Tätigkeiten kann die öffentliche Hand frei fördern, etwa durch Unterstützung beim Aufbau eines Jugend-Trainingszentrums.

Auch soweit Infrastrukturen für professionelle Sportvereine durch die öffentliche Hand finanziert werden sollen, lassen sich solche Beihilfen aber ggf. auf Basis der Regelung in Art. 55 AGVO ohne Notifizierung bei der Kommission gewähren.

PRAXISBEISPIEL: SPORTARENA

Die Stadt B ist (mittelbar und unmittelbar) Alleingesellschafterin der Arena GmbH. Die Arena GmbH ist Eigentümerin und Betreiberin einer insbesondere für sportliche Zwecke errichteten multifunktionalen Halle. Genutzt wird die Halle überwiegend von zwei ortsansässigen Vereinen, die Basketball bzw. Handball – jeweils in der Bundesliga – spielen; grundsätzlich kann aber jeder Interessent die Halle zu den gleichen Konditionen anmieten, die auch die beiden Vereine zahlen. Ein ebenfalls in der Stadt B ansässiges Industrieunternehmen ist Namenssponsor der Halle und zahlt der Arena GmbH hierfür jährlich ein Sponsoringentgelt. Im Rahmen der Verlängerung des Sponsoringvertrages vereinbart die Geschäftsführung der Arena GmbH mit dem Sponsor eine technische Aufwertung der Halle. So sollen ein neues Lautsprechersystem und ein Videowürfel installiert sowie die Bestuhlung der Halle überarbeitet



- ▶ werden. Da die Rücklagen der Arena GmbH hierfür nicht ausreichen, beabsichtigt die Stadt, der Arena GmbH einen Zuschuss in Höhe der Investitionskosten zu gewähren.

Die Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen von Art. 55 AGVO ergibt folgendes Bild:

- Die geförderte Infrastruktur darf **nicht exklusiv von einem einzigen Profiverein** genutzt werden; mindestens 20 % der verfügbaren Kapazität (Nutzungszeit) muss für andere Profi- oder Amateursportnutzer offenstehen. Vorliegend gibt es keine Exklusivnutzung durch einen Nutzer, andere Profi- und Amateurnutzer können die Halle anmieten.
- Ein **privilegierter bzw. vergünstigter Zugang** zur Infrastruktur für einzelne Nutzer ist lediglich dann zulässig, wenn diese sich mit mindestens 30 % an den Investitionskosten beteiligt haben; im Übrigen muss der Zugang jedem Interessenten zu **transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen** offenstehen. Im Beispiel zahlen alle Nutzer die gleichen Tarife bei Anmietung der Halle.
- Nutzungspreise und -bedingungen müssen bei Nutzung der Infrastruktur durch Profisportvereine **öffentlich bekanntgemacht** werden. Vorliegend müsste also eine Veröffentlichung der Tarife erfolgen, etwa auf der Website der Arena GmbH.
- Die Aufträge für Bau, Modernisierung oder Betrieb der Infrastruktur müssen durch transparente, diskriminierungsfreie Verfahren und ggf. unter **Einhaltung der vergaberechtlichen Vor-**

schriften vergeben worden sein. Die Arena GmbH müsste also bei den im Rahmen der Aufwertung anstehenden Aufträgen das Vergaberecht beachten.

- Beihilfefähig sind die **Investitionskosten**, also die Kosten für Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte. Das betrifft hier alle Vermögensgegenstände, die im Rahmen der Aufwertung angeschafft und in der Bilanz der Arena GmbH aktiviert werden.
- Gefördert werden können Investitionskosten bis zu einem absoluten **Höchstbetrag von 15 Mio. Euro** bei maximalen Gesamtkosten für das Investitionsvorhaben von 50 Mio. Euro. Der Beihilfenbetrag darf unabhängig davon aber die **Deckungslücke** nicht überschreiten, d. h. nicht größer sein als die Differenz zwischen beihilfefähigen Investitionskosten und des mit der Investition erwirtschafteten Betriebsgewinns. Da im Beispiel durch die Aufwertung keine Ausweitung der Kapazität der Halle erfolgt, ließe sich argumentieren, dass durch die Investitionen überhaupt kein (zusätzlicher) Betriebsgewinn erwirtschaftet wird. Dann wären die gesamten Investitionskosten für die Aufwertung der Halle beihilfefähig, soweit sie nicht über 15 Mio. Euro liegen.

Die Stadt kann also den Zuschuss unter der AGVO ohne vorherige Notifizierung gewähren. Sie muss die Zuschussgewährung allerdings bei der EU-Kommission anzeigen und hierzu einen Standarddatensatz einreichen (vgl. hierzu Band 1, Kapitel III, Ziffer 4, lit. a).

d) Lokale Infrastruktur

Neben den oben beschriebenen Einrichtungen errichten und unterhalten Kommunen regelmäßig eine ganze Reihe weiterer Infrastrukturen, die sich keiner dieser Kategorien zuordnen lassen. Darunter sind insbesondere solche, die der Entwicklung der örtlichen Wirtschaft dienen bzw. die Ansiedlung neuer Unternehmen fördern sollen. Gemeint sind vor allem die Errichtung bzw. Erschließung von **Gewerbegebieten, Logistikflächen, Umschlagzentren für Fracht** usw. Die beihilfenrechtliche Behandlung solcher Infrastrukturen ist schon deswegen komplex, weil oftmals mehrere Ebenen betroffen sind (vgl. dazu das Schema zu Beginn dieses Kapitels): Die Infrastruktur wird normalerweise nicht von der Kommune selbst errichtet, sondern in deren Auftrag von einer Eigengesellschaft – etwa einer Erschließungsgesellschaft – mit Mitteln der Kommune; dadurch sind nicht nur mögliche Beihilfen an Endnutzer (Unternehmen) in den Blick zu nehmen, sondern auch eventuelle **Begünstigungen der Eigengesellschaft** durch die Kommune. Andererseits sind aber die im Raum stehenden Beihilfenbeträge oftmals nicht besonders hoch und es ist fraglich, ob etwa die öffentliche Finanzierung eines kleinen Gewerbegebiets in Mitteldeutschland überhaupt geeignet ist, den **Wettbewerb** zu verzerren bzw. den EU-weiten **Handel** zu beeinträchtigen. Insoweit ist bereits die Erfüllung des Tatbestands gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV in vielen Fällen fraglich (vgl. zum Tatbestand Band 1, Kapitel II).

Die EU-Kommission vertritt in ihrer Mitteilung zum Beihilfenbegriff (ABl. EU C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1) die Auffassung, dass

zwar ein geringer betragsmäßiger Umfang einer Beihilfe für sich genommen Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel nicht ausschließt (Rn. 192). Andererseits sollen aber **rein hypothetische** Auswirkungen nicht zur Bejahung des Tatbestands ausreichen; vielmehr seien die **konkreten Auswirkungen** anhand einer realistischen Prognose zu untersuchen (Rn. 195). Dieser Ansatz basiert auf einer Reihe von Entscheidungen der Kommission aus dem April 2015 (vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 29. April 2015, IP/15/4889). Die Kommission hatte seinerzeit zu einer Reihe von Sachverhalten entschieden, dass hier jeweils **keine** grenzüberschreitenden Auswirkungen festzustellen seien. Es erscheint zwar möglich, die in den genannten Entscheidungen angewendete Systematik der Kommission auch auf andere Infrastrukturen auszuweiten. Danach käme auch in Betracht, etwa die Finanzierung von Gewerbegebieten mit lokal begrenzter Bedeutung ebenfalls so einzuordnen, dass hier die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht vollständig erfüllt sind. Allerdings stehen die Entscheidungen im Gegensatz zur Rechtsprechung der europäischen Gerichte (vgl. hierzu Band 1, Kapitel II, Ziffer 2, lit. e). Insoweit wäre nach derzeitigem Stand ein solches Vorgehen nicht vollständig rechtssicher. ▶

► **EXKURS: FÖRDERUNG VON ERSCHLIESSUNGS-
MASSNAHMEN NACH MASSGABE DES
GRW-KOORDINIERUNGSRAHMENS**

Die Bundesregierung hat bei der EU-Kommission die im Rahmen der „Gemeinschaftsaufgabe zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW) mögliche Förderung von Erschließungsmaßnahmen angemeldet. Die Kommission hat hierzu festgestellt, dass bei Einhaltung der im GRW-Koordinierungsrahmen vorgesehenen Regelungen keine tatbestandliche Beihilfe vorliegt (Entscheidung vom 27. März 2014, SA.36346). Denn durch die im Koordinierungsrahmen vorgesehenen Maßnahmen sei auf Ebene des Erschließungsträgers, beim Erschließungsunternehmen und auch hinsichtlich des Käufers der erschlossenen Flächen eine Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts ausgeschlossen. Zwar erfolgt in Baden-Württemberg keine Förderung von Gebieten nach dem GRW-Rahmen. Wenn die Vorgaben des GRW-Rahmens eingehalten werden, ist jedoch stets – unabhängig von der Finanzierung – von der Beihilfenfreiheit der jeweiligen Maßnahme auszugehen, so dass dieses Modell auch in Baden-Württemberg angewendet werden kann.

Als Alternative hierzu bietet sich die Freistellungsregelung in **Art. 56 AGVO** an. Danach können der Bau oder die Modernisierung von „lokalen“ Infrastrukturen staatlich gefördert werden. Die Regelung ist grundsätzlich auf sämtliche Arten von Infrastrukturen anwendbar, die nicht unter eine andere der AGVO-Regelungen fallen (also etwa Kulturinfrastrukturen); ausgeschlossen sind daneben aus-

drücklich Flughafen- und Hafeninfrastrukturen (siehe hierzu aber den Hinweis unten). Voraussetzung für die Freistellung ist ein offener, transparenter und diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur für alle interessierten Nutzer sowie die Beachtung vergaberechtlicher Regelungen im Rahmen der Erteilung von Betriebsaufträgen oder -konzessionen. Beihilfefähig sind alleine **Investitionskosten** für materielle und immaterielle Vermögenswerte. Betriebskosten können **nicht** gefördert werden. Die Höhe der staatlichen Beihilfe darf die **Deckungslücke** nicht überschreiten, also nicht größer sein als der Unterschiedsbetrag zwischen den Investitionskosten und dem mit der Investition erzielbaren Betriebsgewinn (siehe zur Berechnung der Deckungslücke oben lit. c). Absolut darf die Beihilfe nicht mehr als **10 Millionen Euro** betragen, die Gesamtkosten des Vorhabens dürfen nicht über 20 Millionen Euro liegen (Art. 4 Nr. 1 lit. cc) AGVO).

Ausdrücklich nicht von der Freistellungsregelung profitieren dürfen „**gewidmete**“ **Infrastrukturen** (Art. 56 Ziffer 7 AGVO). Unter diesem Begriff versteht die Kommission Infrastrukturen, die auf den Bedarf eines oder mehrerer bestimmter bzw. bestimmbarer Unternehmen zugeschnitten sind (Art. 2 Ziffer 33 AGVO). Übertragen auf Gewerbegebiete bedeutet dies, dass etwa eine Erschließung neuer Gewerbeflächen als „Service“ für ein konkretes ansiedlungswilliges Unternehmen auf diese Weise nicht von der jeweiligen Kommune finanziert werden kann. Stattdessen werden in diesem Fall die Erschließungskosten auf das Unternehmen umgelegt werden müssen. ▶

► **PRAXISBEISPIEL:**

ERSCHLIESSUNG EINES GEWERBEGEBIETS

Eine Gemeinde beabsichtigt, ein bisher brachliegendes ehemaliges Bahngelände im Ort zu erwerben, neu zu erschließen und anschließend auf diesem Gelände Grundstücke zu marktüblichen Konditionen an Gewerbetreibende zu veräußern. Sie gründet hierzu eine Eigengesellschaft und gibt dieser ein unverzinsliches, nicht besichertes Darlehen über 5 Mio. Euro, aus welchem die Erwerbs- und Erschließungskosten gedeckt werden sollen. Dieses Darlehen wäre aufgrund des Verzichts auf Zinsen und der faktisch nicht vorhandenen Besicherung (die neue Gesellschaft verfügt über kein Vermögen) wohl als nicht marktüblich einzuordnen; eine Geschäftsbank hätte das Darlehen in dieser Form nicht gewährt. Daher wird man den gesamten Darlehensbetrag als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifizieren müssen. Art. 56 AGVO erlaubt grundsätzlich solche Investitionsbeihilfen bis zu einem Betrag von 10 Mio. Euro, der hier nicht erreicht wäre. Wesentliche Voraussetzung für die Freistellungswirkung der AGVO ist eine Vermarktung der Grundstücke zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen. Der Kauf eines Grundstücks muss also jedenfalls potentiell für jeden Interessenten möglich sein und es müssen einheitliche Kaufpreismaßstäbe (Marktpreis) gefunden werden. Ein Zuschnitt der Grundstücke auf einen bereits im Vorfeld bestehenden Interessenten und anschließender Verkauf an diesen wäre dagegen schädlich für die Freistellungswirkung.

e) Infrastruktur für soziale Dienstleistungen

Kommunen unterstützen die Erbringung **sozialer Dienstleistungen** für ihre Einwohner durch die Bereitstellung von Gebäuden oder die finanzielle Unterstützung der Errichtung solcher Gebäude durch die jeweiligen Anbieter. Zu denken ist etwa an Gebäude für Kindergärten, Alten- oder Behindertenpflegeeinrichtungen, Stadtteilzentren oder Stützpunkte für Sozialarbeiter bzw. Streetworker.

Im Rahmen der beihilfenrechtlichen Beurteilung entsprechender Zuwendungen sind zunächst die Fälle abzugrenzen, in denen nicht wirtschaftliche Tätigkeiten unterstützt werden. Das betrifft insbesondere Tätigkeiten, die kostenlos für die Allgemeinheit erbracht werden, z. B. Nachmittags-Betreuungsangebote für Kinder aus sozial schwachen Familien oder Aufenthaltsmöglichkeiten für Obdachlose. Stellt die öffentliche Hand für solche Dienste Räumlichkeiten bereit, wird **kein „Unternehmen“** im beihilfenrechtlichen Sinne unterstützt. Damit ist der Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV in diesen Fällen nicht erfüllt.

Daneben wird man in vielen Fällen davon ausgehen können, dass die geförderten sozialen **Dienstleistungen keine grenzüberschreitende Bedeutung** haben und daher eine Handelsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ausscheidet. In diesem Sinne hat die Kommission kürzlich die öffentliche Förderung der Errichtung einer Einrichtung für betreutes Wohnen beurteilt (Entscheidung vom 9. August 2016, SA.38920 – Santa Casa de Miseri- ▶

- ▶ cordia de Tomar). Die Kommission hat bei ihrer Beurteilung insbesondere herausgestellt, dass der Träger der unterstützten Einrichtung qua seiner Satzung nur im lokalen Umfeld tätig war und keine Bürger aus anderen EU-Staaten betreute. Daneben konnte die Kommission im Rahmen ihrer Prüfung nicht feststellen, dass es in diesem Wirtschaftssektor grenzüberschreitende Investitionen in der betroffenen Region gab. In diesem Fall kam die Kommission daher zu dem Schluss, dass keine tatbestandliche Beihilfe vorlag (zur grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung siehe Band 1, Kapitel II, Ziffer 2, lit. e).

Soweit sich Beihilfen nicht bereits auf Ebene des Tatbestandes ausschließen lassen, kommen im Wesentlichen zwei Rechtfertigungsgrundlagen in Betracht:

Zum einen finden soziale Dienstleistungen im Anwendungsbereich des **Freistellungsbeschlusses** umfassend Erwähnung. Art. 2 Abs. 1 lit. c) erwähnt insoweit DAWI zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf

- Gesundheitsdienste und Langzeitpflege,
- Kinderbetreuung,
- Zugang zum und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt,
- Sozialen Wohnungsbau und
- Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen.

Stellt die öffentliche Hand Gebäude oder finanzielle Zuwendungen für Gebäude zugunsten solcher Zwecke zur Verfügung, lässt sich dies auf dieser Grundlage oftmals als DAWI einordnen.

Zum anderen kommt eine Einordnung solcher Maßnahmen als **Beihilfen für lokale Infrastrukturen im Sinne von Art. 56 AGVO** in Betracht. Denn die hierfür maßgebliche Höchstgrenze der Förderung von 10 Mio. Euro wird bei solchen Projekten in vielen Fällen nicht überschritten werden. Ansonsten lässt sich der Tatbestand des Art. 56 AGVO grundsätzlich auf alle Infrastrukturen anwenden, für die keine speziellere Freistellungsregelung in der AGVO besteht (Art. 56 Abs. 2). Das ist bei Infrastrukturen für soziale Dienstleistungen nicht der Fall, daher kann die Freistellungsregelung in solchen Fällen oftmals Anwendung finden (zu Art. 56 AGVO siehe oben lit. d).

PRAXISBEISPIEL: SOZIALE INFRASTRUKTUR

Die Gemeinde M plant den Bau eines Gemeinschaftshauses auf einem gemeindeeigenen Grundstück in der Ortsmitte. Ziel ist es, diverse Angebote für soziale Zwecke – insbesondere für Senioren und Pflegebedürftige – in einem Gebäudekomplex zusammenzuführen. Die Investitionen in die Gebäude in Höhe von ca. 3,5 Mio. Euro sollen vollständig aus dem allgemeinen Haushalt der Gemeinde finanziert werden. Die zu errichtenden Räumlichkeiten will die Gemeinde dabei an private Betreiber vermieten; die Vermietung soll auf Gemeindeebene in einem Betrieb gewerblicher Art (BgA) ▶

- ▶ erfolgen. Mieter sollen ortsansässige Ärzte, ein Pflegeheimbetreiber sowie mehrere sonstige Gewerbebetriebe (u. a. ein Café sowie ein Friseur) werden. Die Vermietung soll zu marktüblichen Konditionen erfolgen; nach der von einem Beratungsunternehmen durchgeführten Rentabilitätsanalyse wird die Gemeinde durch die Vermietung eine Verzinsung auf das eingesetzte Kapital in Höhe von knapp 5 % p. a. erzielen.

Das Vorliegen einer Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist hier nach der Prüfungssystematik der EU-Kommission auf allen drei in Betracht kommenden Ebenen zu prüfen: Errichter, Betreiber und Nutzer der Infrastruktur (siehe oben Ziffer 1. lit. a). Vorliegend fallen Errichter und Betreiber (hier: Vermieter) des Gemeindehauses in der juristischen Person der Gemeinde zusammen, so dass sie gemeinsam geprüft werden können. Soweit die Gemeinde Haushaltsmittel zur Finanzierung der Errichtung der Gebäude einsetzt, fungiert sie als außerdem gleichzeitig als (möglicher) Beihilfengeber. Soweit die Vermietung wie hier gegen Entgelt erfolgt, übt die Gemeinde eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, da es für solche Vermietungsangebote regelmäßig einen Markt gibt, an dem die Gemeinde mit der Vermietung teilnimmt. Damit liegt eine Einordnung der öffentlichen Finanzierung als tatbestandliche Beihilfe nahe.

Auf der Ebene des **Errichters** (und hier auch Betreibers) der Gebäude kann eine Beihilfe jedoch ausgeschlossen werden, wenn die Zurverfügungstellung von Haushaltsmitteln marktüblich ist. Dafür

spricht hier, dass ausweislich der Rentabilitätsanalyse eine Rendite erwirtschaftet werden soll, die für Investitionen in vermietete Immobilien jedenfalls nicht unüblich erscheint. Würde die Analyse hier eine nicht marktübliche Rendite ergeben (insbesondere dann, wenn die Mieteinnahmen die Kosten nicht decken würden), stünde hingegen eine Begünstigung des Vermietungsbetriebes der Gemeinde im Raume. Dann könnte aber ggf. eine Betrauung auf Grundlage des Freistellungsbeschlusses erfolgen, da der überwiegende Teil der geplanten Nutzungen des Gemeindehauses wohl als **DAWI** einzuordnen ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c) des Freistellungsbeschlusses: „Gesundheitsdienste und Langzeitpflege“). Soweit die Vermietung an sonstige, nicht unmittelbar soziale Einrichtungen erfolgt (Café, Friseur), kommt eine solche Einordnung nicht in Betracht. Diese Vermietungen wären rechnerisch zu separieren und müssten grundsätzlich zu marktüblichen Konditionen erfolgen.

Alternativ käme zur beihilfenrechtlichen Rechtfertigung eine Einordnung des Gemeindehauses als **lokale Infrastruktur im Sinne von Art. 56 AGVO** in Betracht. Dann wäre die Einhaltung der Freistellungsvoraussetzungen zu dokumentieren (siehe hierzu vorstehende lit. d) und allgemein zur AGVO Band 1, Kapitel III, Ziffer 5). Die Beihilfe wäre außerdem bei der EU-Kommission anzuzeigen.

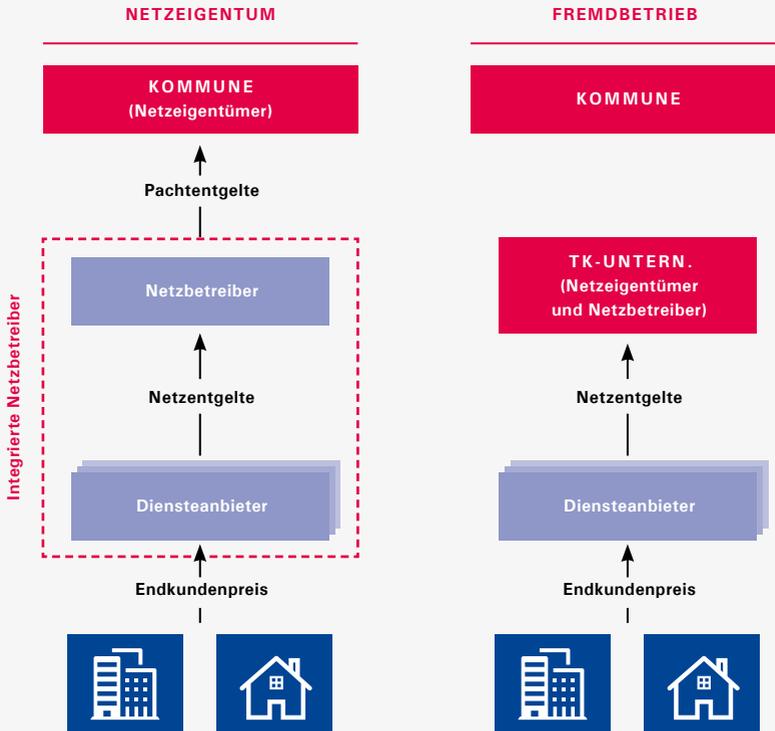
Hinsichtlich möglicher Beihilfen an die **Nutzer** der Räumlichkeiten lässt sich festhalten, dass alle hier im Raume stehenden Mieter als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne einzuord-

- ▶ nen sind. Die Mietkonditionen müssen daher der Marktüblichkeit entsprechen, um Beihilfen tatbestandlich auszuschließen. Dazu wären insbesondere Vergleichsdaten des lokalen Mietmarktes heranzuziehen (Mietspiegel, vergleichbare Angebote). Eine andere – aber nicht in jedem Fall praktikable – Möglichkeit wäre die Eröffnung eines Wettbewerbs um die Vergabe der Mietflächen. Dabei müssten Interessenten Mietpreisangebote abgeben, um daraus den Marktpreis für die Vermietung zu ermitteln.
-

f) Breitbandinfrastruktur

Das Vorhandensein einer ausreichenden Versorgung mit Breitband-Internetzugängen wird zunehmend zu einem Standortfaktor. Unternehmen machen ihre Standortentscheidungen verstärkt (auch) davon abhängig, ob eine ausreichend dimensionierte Netzanbindung sichergestellt ist. Gerade in ländlichen, strukturschwächeren Regionen sind solche Anbindungen aber oftmals noch nicht vorhanden, da sich der Netzauf- und ausbau aus Sicht der großen Anbieter regelmäßig nicht lohnt. Kommunen sind daher oftmals bereit, Unternehmen finanzielle Anreize einzuräumen, damit diese im jeweiligen Gemeinde/Landkreisgebiet ein Breitbandnetz aufbauen und betreiben. Teilweise beteiligen sich Kommunen auch an diesen Unternehmen oder gründen im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) gemeinsame Unternehmen mit kommerziellen Netzbetreibern. Die deutschlandweit gängigsten Modelle der Zusammenarbeit sind nachfolgend dargestellt:

FÖRDERMODELLE BEIM BREITBAND AUSBAU



Gemein ist diesen Modellen, dass der jeweilige Netzeigentümer (und/oder –betreiber) seine Investitionslasten nicht refinanzieren kann, weil keine ausreichende Anzahl von Endkunden vorhanden ist und Diensteanbieter daher nur bereit sind, geringe Entgelte für

- ▶ die Nutzung des Netzes zu bezahlen. In sämtlichen Konstellationen erfolgt daher eine Ausgleichsleistung der Kommune zugunsten des Netzeigentümers, etwa durch direkte Zuschüsse, aber auch durch andere Maßnahmen, z. B. vergünstigte oder kostenfreie Darlehen. Durch diese Zuwendungen werden die jeweiligen Unternehmen aber unmittelbar begünstigt. Da die Baukosten einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur nicht unerheblich sind, werden die Höchstbeträge der De-Minimis-Verordnung (200.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Wirtschaftsjahren) regelmäßig nicht ausreichen, um die Kostenunterdeckung auszugleichen. Eine beihilfenrechtliche Rechtfertigung wird daher in der Regel erforderlich sein.

(1) Förderung nach der NGA-Rahmenregelung

Der Bund hat insoweit einen Förderrahmen geschaffen, der Kommunen bei der Schaffung flächendeckender Breitbandversorgung in Deutschland unterstützen soll. Dieser wurde bei der EU-Kommission notifiziert und von dieser genehmigt. Der Förderrahmen bildet den beihilfenrechtlichen Rahmen einer Förderung, stellt selbst jedoch keine Mittel zur Verfügung. In der Vergangenheit betraf dies vor allem die sogenannte „Bundesrahmenregelung Leerrohre“ (BRLR), die eine Förderung der Verlegung von Leerrohren (in die später Netzleitungen eingezogen werden konnten) ermöglichte (Entscheidung der EU-Kommission vom 12. Juli 2010, N53/2010, ABl. EU C 242 vom 9. September 2010, S. 1). Diese Regelung ist allerdings nur noch für Bestandsfälle anwendbar, neue Förderungen erfolgen nach der „NGA-Rahmenregelung“, auf deren Basis un-

mittelbar die Errichtung von Netzinfrastrukturen gefördert werden kann (siehe hierzu <https://www.breitbandbuero.de/index.php?id=ngarahmenregelung>; Entscheidung der EU-Kommission vom 15. Juni 2015, SA.38348, ABl. EU C 292 vom 4. September 2015, S. 1). Voraussetzung für die Förderung nach der NGA-Rahmenregelung ist zum einen der Nachweis, dass die Infrastruktur in einem sogenannten „weißen Fleck“ erfolgt, in dem eine Breitbandversorgung bisher nicht vorhanden ist. Zum anderen ist es erforderlich, die mit der Förderung zu schließende „Wirtschaftlichkeitslücke“ nachzuweisen; also die zu erwartende Unterdeckung der Kosten für die Errichtung der Netzinfrastruktur darzustellen. Soweit eine vorgesehene Förderung nach den Vorgaben der notifizierten Förderrahmen erfolgen soll, ergeben sich keine beihilfenrechtlichen Bedenken, wenn die Förderbedingungen vollständig eingehalten werden. Denn eine Einzelmaßnahme, die auf einer notifizierten Beihilfenregelung basiert und deren Bedingungen einhält, ist selbst beihilfenrechtlich gerechtfertigt.

(2) Förderung des Auf- und Ausbaus von kommunalen

NGA-Netzen nach der VwV Breitbandförderung

Baden-Württemberg vom 1. August 2015

Das Land Baden-Württemberg hat ein ähnliches Förderprogramm ins Leben gerufen, welches ebenfalls von der Kommission genehmigt wurde (Entscheidung vom 22. Juli 2015, SA.41416, ABl. EU C 46 vom 5. Februar 2016, S. 1). Im Unterschied zur NGA-Rahmenregelung handelt es sich dabei um ein mit Landesmitteln ausgestat-

- ▶ tetes Förderprogramm. Zuwendungsfähige Projekte sind neben der Mitverlegung von Kabelschutzrohren insbesondere der Auf- und Ausbau bestimmter NGA-Netze. Ein Schwerpunkt des Förderprogramms liegt auf der Förderung von kommunalen Breitbandnetzen. Die interkommunale Zusammenarbeit wird im Rahmen des Programms besonders gefördert.

Mögliche Zuwendungsempfänger der VwV Breitbandförderung sind Gemeinden, Zusammenschlüsse von Gemeinden und Landkreise. Unter Zusammenschlüssen von Gemeinden werden in diesem Zusammenhang insbesondere Zweckverbände oder gemeinsame selbständige Kommunalanstalten (AöR) verstanden. Die Förderung ist grundsätzlich an die Bedingung geknüpft, dass die Zuwendungsempfänger das Netz aufbauen, nicht jedoch öffentlichrechtlich betreiben. Der Betrieb eines geförderten Netzes muss vielmehr regelmäßig im Wege eines offenen und transparenten Auswahlverfahrens an einen privaten Netzbetreiber vergeben werden. Diese Fördersystematik bedingt, dass in Baden-Württemberg neben den eingangs beschriebenen Modellen des Breitbandausbaus weitere Umsetzungsvarianten wirtschaftlich möglich sind. Eine interkommunale Zusammenarbeit kann so beispielsweise in Form eines Zweckverbands oder einer AöR organisiert werden, welche die Fördermittel direkt beantragt, das Netzeigentum hält und das Netz an einen privaten Betreiber verpachtet. Die VwV sieht dabei stets einen von den Kommunen zu leistenden Eigenanteil vor. Dieser wurde im Rahmen der Notifizierung berücksichtigt. Soweit die Kommunen diesen Eigenanteil unter den durch die VwV festgesetzten Bedin-

gungen leisten, ist er somit Teil der von der EU-Kommission genehmigten Förderung. Eine gesonderte beihilfenrechtliche Rechtfertigung ist dann bezüglich dieser Mittel nicht erforderlich.

Eine direkte Landesförderung von privatrechtlich organisierten Eigen- oder Kooperationsgesellschaften (Bspw. Stadtwerke-GmbH, Interkommunale Breitband-KG, Kommunale Netz-GmbH & Co. KG) ist in der derzeitigen Ausgestaltung der VwV nicht vorgesehen. Die Zuwendungsempfänger haben jedoch die Möglichkeit, die vom Land erhaltenen Fördermittel im Rahmen der Vorgaben der VwV an privatrechtliche Gesellschaften weiterzugeben. Diese dürfen allerdings keinesfalls das Netz selbst betreiben. Beihilfenrechtlich ist in diesen Fällen eine gesonderte Prüfung der Rechtfertigungsmöglichkeiten erforderlich, da der von der Notifizierung der EU-Kommission umfasste Regelungsrahmen verlassen wird.

(3) Beihilfenrechtliche Rechtfertigung außerhalb der Förderprogramme

Durch die genehmigten Förderprogramme sind die allermeisten Konstellationen bereits in den Griff zu bekommen. Soweit keines der genehmigten Fördermittelpprogramme zur Anwendungen kommen kann, sind weitere beihilfenrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten zu prüfen.

Breitbandinfrastrukturen finden zum einen Erwähnung in der AGVO, Art. 52 erlaubt die Förderung von Investitionen in solche Infrastrukturen (maximale Gesamtkosten pro Vorhaben: 70 Mio. Euro) unter den dort genannten Voraussetzungen: ▶

- ▶ – Beihilfefähig sind ausschließlich die Investitionskosten für Bau-
maßnahmen bzw. den Ausbau von Netzen.
- Investitionen müssen in einem Gebiet ohne bestehende Breit-
bandversorgung („weißer Fleck“) erfolgen; es darf auch nicht
absehbar sein, dass diese in den kommenden drei Jahren durch
Unternehmen errichtet würde.
- Der Beihilfenempfänger (Netzeigentümer/-betreiber) muss in
einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ver-
fahren ausgewählt werden. Zudem gilt der Grundsatz der Tech-
nologieneutralität, d. h. die Kommune darf keine bestimmte
Netztechnologie (Kupferkabel, Glasfaser usw.) vorgeben.
- Der Zugang zur geförderten Netzinfrastruktur muss für Dienst-
anbieter (Internetprovider) für mindestens sieben Jahre zu dis-
kriminierungsfreien Bedingungen möglich sein.
- Netzzugangsentgelte für Diensteanbieter müssen den Vorgaben
der nationalen Regulierungsbehörde (BRD: Bundesnetzagentur)
entsprechen und außerdem durch Benchmarks (Vergleich mit
Entgelten in anderen Gebieten) abgeglichen werden.

Zum anderen kommt aber auch die Einordnung der Errichtung von Breitbandnetzen als **DAWI** in Betracht. Dies jedenfalls inso-
weit, als tatsächlich ein Marktversagen zu beobachten ist, also in
den sogenannten „weißen Flecken“, in denen zwar ein Allgemein-
interesse der Bevölkerung an ausreichender Breitbandversorgung
unterstellt werden kann, aber Unternehmen von sich aus keine
Zugänge anbieten. Wichtig ist hierbei die genaue Abgrenzung des

DAWI-Bereiches von anderen Tätigkeiten des geförderten Unternehmens. Dies betrifft vor allem die Bereitstellung von Breitbandinfrastruktur in „grauen“ Bereichen (also solchen, in denen zumindest eine Grundversorgung durch einen Anbieter vorhanden ist) und in „schwarzen“ Bereichen (in denen eine ausreichende Anzahl von Wettbewerbern leistungsfähiges Breitband anbietet). Solche Tätigkeiten können nicht als DAWI eingeordnet werden und dürfen daher auch nicht von entsprechenden Ausgleichsleistungen profitieren. Sie sind daher rechnerisch zu separieren. Die EU-Kommission nennt in ihren Breitbandleitlinien (Mitteilung 2013/C 25/01 vom 15. Januar 2013, ABl. EU C 25 vom 26. Januar 2013, S. 1) einige weitere Voraussetzungen, die aus ihrer Sicht bei der Definition einer DAWI im Breitbandbereich anzuwenden sind (siehe Leitlinien, Tz. 2.3). Insbesondere sollen danach nur der Netzbau und der Betrieb des Netzes als DAWI förderfähig sein, nicht jedoch die Zurverfügungstellung von Zugangsdiensten an Endkunden. Erbringt der Netzeigentümer/-betreiber also auch Zugangsdienste (integrierter Netzbetreiber), sind diese Tätigkeiten ebenfalls rechnerisch zu separieren, damit es nicht zu einer unzulässigen Quersubventionierung kommt.

Lässt sich auch über die AGVO oder eine DAWI-Betrugung keine beihilfenrechtliche Rechtfertigung darstellen, verbleibt alleine eine Notifizierung der Förderung bei der EU-Kommission. Die Kommission konkretisiert in den bereits angesprochenen Breitbandleitlinien (dort in Tz. 2.5) die Maßstäbe, die sie im Breitband-

- ▶ bereich bei der Prüfung der Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 c) AEUV anwendet. Sie stellt außerdem auf ihrer Website eine jeweils aktuelle Übersicht über die bereits im Breitbandbereich ergangenen Einzelfallentscheidungen zur Verfügung, an denen sich neue Notifizierungsanträge orientieren können. Angesichts des Umfangs der bereits genehmigten Förderrahmen und -programme auf Bundes- und Landesebene und der weiteren ggf. zur Verfügung stehenden Rechtfertigungsgrundlagen sind Einzelnotifizierungen zukünftig kaum noch erforderlich.

KAPITEL III

Empfehlungen zum Vorgehen im Rahmen der beihilfen- rechtlichen Beurteilung einer beabsichtigten Förderung

Die Praxis zeigt, dass bei der beihilfenrechtlichen Beurteilung und „Abarbeitung“ beabsichtigter Förderungen regelmäßig die gleichen Punkte relevant werden. Insoweit ist das Vorgehen unabhängig von der konkreten Konstellation. Nachfolgend soll das konkrete Vorgehen im Sinne einer „best practice“-Empfehlung dargestellt werden. Je nach Lage des Einzelfalls können einzelne Punkte auch entfallen bzw. zusätzliche Schritte erforderlich sein. Insoweit erhebt die Darstellung keinen Anspruch auf Richtigkeit in sämtlichen denkbaren Konstellationen. In allen Fällen ist es wichtig, **sorgfältig zu prüfen**, ob es sich überhaupt um eine Beihilfe handelt und ob diese gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann.

Generell gilt: Über die Prüfung ist ein umfassender **Vermerk** zu fertigen, der begründet, warum man zu welchem Ergebnis gelangt ist. Diese Dokumentationen können in einem etwaigen Prüfverfahren durch die Kommission oder einem Gerichtsverfahren zur Rechtfertigung herangezogen werden.

Wichtig ist schließlich, dass sauber **differenziert** wird – schon in der Rechnungsführung – zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Bereichen sowie zwischen Tätigkeiten, die als DAWI zu werten sind und solchen, die sich nicht unter den Begriff DAWI subsumieren lassen. Weitere rechnerische Abgrenzungen können sich ergeben, wenn nur ein Teil der Tätigkeiten unter der AGVO förderfähig sein sollte.

PRÜFUNG DES BEIHILFENTATBESTANDES UND MÖGLICHER BEIHILFENRECHTLICHER RECHTFERTIGUNGSGRUNDLAGEN – PRÜFSHEMA

I. Prüfung des Beihilfentatbestands:

Handelt es sich bei der beabsichtigten Fördermaßnahme um eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV?

1. Ermittlung, ob **staatliche Mittel** an ein **Unternehmen** geleistet werden (vgl. dazu auch: Band I, Kap. II, Ziff. 2).
2. Einordnung der geförderten Tätigkeit in **wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich**: Nicht wirtschaftliche Tätigkeiten sind beihilfenrechtlich irrelevant und können durch die öffentliche Hand ohne beihilfenrechtliche Restriktionen gefördert werden. Soweit nur ein Teil der Tätigkeiten wirtschaftlich ist, ist eine getrennte Rechnungsführung erforderlich.
3. Vergleich der konkret gewährten Konditionen der Förderung mit **marktüblichen Konditionen**: Marktübliche Transaktionen gewähren dem Empfänger **keine Begünstigung** und enthalten damit kein Beihilfenelement (Achtung: „verlorene Zuschüsse“ sind nie marktüblich).
4. Bestimmung des Einzugsbereichs der geförderten Dienstleistung auf Angebots- und Nachfrageseite: Nur staatliche Förderungen für Tätigkeiten mit **grenzüberschreitenden Auswirkungen** sind geeignet, den innergemeinschaftlichen **Handel zu beeinträchtigen** und daher beihilfenrechtlich relevant. ▶

- ▶ 5. Bestimmung des **Subventionsäquivalentes** der beabsichtigten Förderung: Wirtschaftliche Vorteile (eines Unternehmens insgesamt) im Umfang von **bis zu 200.000 Euro (bei DAWI-Erbringern bis zu 500.000 Euro)** in drei aufeinanderfolgenden Wirtschaftsjahren können nach den De-Minimis-Verordnungen beihilfenfrei gewährt werden. Soweit die Förderung unter eine **De-Minimis-Verordnung** fällt ist dies inklusive sämtlicher Erwägungen in einem Vermerk dokumentieren.

II. Beihilfenrechtliche Rechtfertigung:

Kann die Beihilfe gerechtfertigt werden?

Soweit eine Förderung die De-Minimis-Höchstbeträge (je 200.000 € bzw. 500.000 € bei DAWI in drei Wirtschaftsjahren) überschreitet, ist eine **Prüfung der in Betracht kommenden Rechtfertigungsgrundlagen** durchzuführen. Es ist zu empfehlen mit der Regelung zu beginnen, welche betragsmäßig und zeitlich die größte Reichweite bietet (vgl. Grafik Kap. III, Ziff. 1, lit. d). In jedem Fall ist eine **Dokumentation der beihilfenrechtlichen Einordnung** in einem Vermerk für die Verwaltungsakte zu fertigen.

1. DAWI:

- Prüfung, inwieweit es sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt
- **Vermerk** über den Charakter als DAWI fertigen
- **Erarbeitung Betrauungsakt** mit den erforderlichen Inhalten

- **Beschluss und Umsetzung der Betrauung**
- laufende **Kontrolle der DAWI-Erbringung**
durch die betrauende Stelle
- jährliche **Überkompensationskontrolle**
- soweit zum Teil keine DAWI, insoweit
Trennungsrechnung führen.

2. AGVO:

- **Dokumentation** der Einhaltung der
Freistellungsvoraussetzungen in internem Vermerk
- **Anzeige bei der EU-Kommission** über das Wirtschafts-
ministerium des Bundeslandes (in Baden-Württemberg:
Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau)

III. Notifizierung der Beihilfe bei der Kommission

Soweit **keine abstrakt-generelle Rechtfertigungsgrundlage** ersichtlich ist, ist ein **Notifizierungsantrag** vorzubereiten. Dafür ist insbesondere eine wettbewerbliche und finanzielle Analyse erforderlich. Eine Notifizierung wird nur dann erfolgreich verlaufen, wenn sämtliche rechtlichen Anforderungen beachtet werden. Ein Notifizierungsverfahren ist stets mit dem Landeswirtschaftsministerium abzustimmen. ▶

► **DARSTELLUNG DES VORGEHENS ANHAND EINES PRAXISBEISPIELS: BETRIEB VON RATHAUS UND STADTHALLE DURCH EINE EIGENGESELLSCHAFT**

Die Stadt F gründet eine neue Tochtergesellschaft, die Wirtschaftsbetriebe F GmbH, bei der sie Alleingesellschafterin ist. Die Stadt beabsichtigt, der GmbH das Eigentum am Rathausgebäude kostenfrei zu übertragen und die Immobilie zu einem symbolischen Mietpreis von 1 Euro pro Monat von der GmbH zurück zu mieten. Für die Betriebs- und Instandhaltungskosten des Gebäudes wäre zukünftig die GmbH als Eigentümerin und Vermieterin verantwortlich. Die GmbH soll außerdem eine neue multifunktionale Stadthalle im Gebiet der Stadt F errichten und betreiben. Da die Stadt in der Nähe zur französischen Staatsgrenze liegt, ist damit zu rechnen, dass die Veranstaltungsangebote auch von Franzosen genutzt werden. Stadt und GmbH gehen davon aus, dass es nicht möglich sein wird, die Investitions- und Betriebskosten für die Stadthalle über die zukünftigen Einnahmen aus dem Betrieb (Nutzungsentgelte) zu refinanzieren. Um die zu erwartenden Unterdeckungen aus der Rathausvermietung (ca. 500.000 Euro jährlich) und dem Betrieb der Stadthalle (ca. 800.000 Euro jährlich) zu decken, beabsichtigt die Stadt, der GmbH ihre Beteiligung an dem regionalen Energieversorger zu übertragen. Die GmbH soll die daraus resultierenden Dividenden zur Deckung ihrer Ausgaben verwenden. Es stellt sich die Frage, wie die beabsichtigte Transaktion beihilfenrechtlich einzuordnen ist.

Prüfungsreihenfolge:

I. Beihilfentatbestand

- 1. Einsatz staatlicher Mittel:** Ja, weil die Stadt der GmbH durch die Übertragung der Anteile am Energieversorger eine Finanzierungsmöglichkeit einräumt und auf die ihr zustehenden Ausschüttungen verzichtet.
- 2. Abtrennung nicht wirtschaftlicher Tätigkeiten:** Vermietung von Immobilien und Betrieb einer Stadthalle gegen Entgelt sind grundsätzlich wirtschaftliche Tätigkeiten. Hinsichtlich der Rathausvermietung ist aber folgende Argumentation denkbar: Die Vermietung erfolgt zur Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten durch Stadt; wenn die Stadt selbst das Rathaus im Eigentum hätte, dürfte Sie es unbegrenzt finanzieren; nicht wirtschaftliche Tätigkeiten werden nicht dadurch wirtschaftlich, dass eine Eigen-gesellschaft „zwischengeschaltet“ wird; die GmbH agiert hier als „interne Servicestelle“ für die hoheitlich tätige Stadt ohne Marktberührung. Die Kosten für die Rathausvermietung sind daher rechnerisch zu trennen und unbegrenzt durch die Stadt finanzierbar. Die weitere Prüfung beschränkt sich somit auf den Kostenausgleich für das Defizit aus dem Stadthallenbetrieb.
- 3. Begünstigung:** Liegt bezüglich der Stadthalle vor, da ein markt-wirtschaftlicher Investor keine dauerhaft defizitäre Tätigkeit finanzieren würde. ▶

- ▶ 4. **Wettbewerbsverfälschung:** Grundsätzlich wird eine Wettbewerbsverfälschung durch die Begünstigung indiziert. Hier sind auch konkret keine entgegenstehenden Umstände

- 5. **(Potenzielle) Handelsbeeinträchtigung:** Kann hier aufgrund der Grenznähe zu Frankreich und der damit absehbaren Nutzung auch durch Franzosen nicht sicher verneint werden.

Zwischenergebnis: Der Beihilfentatbestand gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV ist erfüllt bzw. zumindest nicht sicher auszuschließen (für den Defizitausgleich bzgl. des Stadthallenbetriebs); eine beihilfenrechtliche Absicherung ist zu empfehlen.

De-Minimis-Verordnung: Die Erlaubnis, die Dividendenausschüttungen zur Deckung der Kosten zu verwenden, hat den Charakter eines Barzuschusses. Das **Bruttosubventionsäquivalent** liegt bei 800.000 Euro p.a. und damit deutlich über den Höchstwerten der De-Minimis-Verordnungen.

II. Beihilfenrechtliche Rechtfertigung

1. **AGVO:** In Betracht kommt allein Art. 55 (Beihilfen für multifunktionale Freizeitinfrastrukturen); Art. 56 (lokale Infrastrukturen) scheidet aus, da Stadthallen unter den Begriff multifunktionale Freizeitinfrastrukturen in Art. 55 fallen und daher nicht unter den Auffangtatbestand des Art. 56 AGVO subsumiert werden können.

- a. **Transparenz der Beihilfe (Art. 5 AGVO):** Das Bruttosubventionsäquivalent kann im Voraus bestimmt werden (s. o.).
- b. **Anreizeffekt (Art. 6 AGVO):** Ein schriftlicher Antrag der GmbH an die Stadt auf Gewährung der Beihilfe ist erforderlich; dies wird man bei entsprechender Beschlussfassung über das Konzept der Gesellschaftsgründung im Rat der Stadt unterstellen können.
- c. **Kumulierung (Art. 8 AGVO):** Prüfung kann hier entfallen, da der GmbH keine weiteren Beihilfen in Bezug auf die Stadthalle gewährt werden.
- d. **Anzeige der Beihilfe (Art. 9 AGVO):** Über das Landeswirtschaftsministerium vorzunehmen.
- e. **Allgemeinzugang zur Infrastruktur (Art. 55 Abs. 4 AGVO):** Hier gegeben, Halle kann grundsätzlich von jedem zu den veröffentlichten Konditionen genutzt werden.
- f. **Transparente Vergabe von Konzessionen und Aufträgen (Art. 55 Abs. 7 AGVO):** Auftrag zur Errichtung und Betrieb der Stadthalle lässt sich vorliegend wohl auf Inhouse-Kriterien stützen (§ 108 Abs. 1 GWB), daher wäre eine Vergabe im Wettbewerb verzichtbar. ▶

- ▶ **g. Zulässige Beihilfeformen (Art. 55 Abs. 7 AGVO):** Bei multifunktionalen Freizeitinfrastrukturen sind nur Investitionsbeihilfen zulässig; erwartete Unterdeckung der laufenden Betriebskosten ist damit nicht freistellungsfähig.

Zwischenergebnis: Absicherung über eine **AGVO-Freistellung führt nicht zum Ziel**, da die staatliche Finanzierung der Betriebskostenunterdeckung nicht die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt. Eine alternative/ergänzende Rechtfertigung über eine DAWI-Betrauerung wäre daher zu prüfen:

2. DAWI: Mögliche Betrauerung der Wirtschaftsbetriebe F GmbH nach den Vorgaben des Freistellungsbeschlusses. Altmark Trans-Betrauerung scheidet aufgrund fehlendem Wirtschaftlichkeitsnachweis aus (keine Vergabe im Wettbewerb, keine Vergleichsdaten für „durchschnittlich gut geführtes Unternehmen“ verfügbar).

a. Definition und Abgrenzung der DAWI: Einordnung von Stadthallen als DAWI ist weit verbreitet und i. d. R. gut vertretbar, da sowohl ein Allgemeininteresse (öffentliche Einrichtung im Sinne von § 10 Abs. 2 GemO Baden-Württemberg), als auch ein Marktversagen erkennbar sind. **Wichtig:** Saubere Abgrenzung zu Nutzungsarten, die darüber hinausgehen, insbesondere vorwiegend erwerbsorientierte (Unternehmens-)Veranstaltungen, Messen und Kongresse, da hier der DAWI-Charakter fraglich ist. Es ist daher im Einzelfall anhand der konkreten Umstände

sorgfältig zu prüfen, inwieweit der Betrieb der Stadthalle als DAWI eingeordnet werden kann. Dabei ist zu beachten, dass Nebentätigkeiten, die wirtschaftlich eine untergeordnete Rolle spielen (etwa Museumsgastronomie, kostenpflichtige Parkplätze eines Theaters), außer Betracht bleiben können, da sie als Annex-Leistung der DAWI eingeordnet werden können.

- b. Definition der Ausgleichsleistungen:** Hier der (nachträgliche) Ausgleich der gesamten Kostenunterdeckung im DAWI-Bereich durch Verrechnung mit den Dividendenzahlungen auf Ebene der GmbH. Dabei ist auch zu ermitteln, ob ein kalkulatorischer Gewinnzuschlag ausgeglichen werden soll, und wenn ja, in welcher Höhe.
- c. Negativabgrenzung nicht betrauter Tätigkeiten:** Ausnahme von der Betrauung für nicht wirtschaftliche Vermietung des Rathauses und (ggf.) für nicht betrauungsfähige Teile des Stadthallenbetriebes; Umsetzung der Abgrenzung in Trennungsrechnung; überschlagsmäßige Prognose der Ergebnisentwicklung in den drei Bereichen (nicht wirtschaftlich, DAWI, sonstige wirtschaftliche Tätigkeiten).
- d. Umgang mit evtl. Defiziten aus nicht betrauungsfähigen Tätigkeiten:** Soweit etwa Defizite im Messe- und Kongressbereich anfallen: Prüfung, ob ggf. unter De-Minimis-Grenze (200.000 Euro in drei aufeinanderfolgenden Jahren), anderen- ▶

- ▶ falls Umstellung auf kostendeckenden Betrieb in diesem Bereich oder Einstellung der Tätigkeit; der Aufwand für eine Notifizierung steht hier in Missverhältnis zur Größenordnung und wäre daher nicht zu empfehlen.
- e. **Höchstdauer der Betrauung:** Nach Freistellungsbeschluss im Regelfall 10 Jahre; hier aber wird aufgrund der erforderlichen Investitionen eine längere Betrauungsdauer möglich sein (evtl. Abschreibungsdauer der Gebäudesubstanz).

ERGEBNIS: DAWI-Lösung ist hier vorzugswürdig, soweit der Anteil der nicht betrauungsfähigen Tätigkeiten nicht zu groß ist; ein Betrauungsakt zugunsten der GmbH ist vorzubereiten. Darüber hinaus ist ein Vermerk über die Einordnung als DAWI zu fertigen. Sollte der Betrieb zum Teil nicht als DAWI eingeordnet werden können und somit auch nicht betrauungsfähig sein, wäre dieser Teil mittels Trennungsrechnung zu separieren. In jedem Fall ist die Vermietung des Rathauses rechnerisch zu separieren.

III. Eine Notifizierung ist im vorliegenden Fall nicht erforderlich.

Für eine vertiefte Betrachtung und Einarbeitung in das EU-Beihilfenrecht sei auf die zwei bereits erschienenen Leitfäden verwiesen, sowie auf die 2017 folgenden Spezial-Leitfäden zur Innovationspolitik und zu den Europäischen Strukturfonds.

AUTORENVERZEICHNIS

KAPITEL I

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Rechtsanwalt Dr. Michael Klett
PwC Legal, Stuttgart

Rechtsanwalt Jan Philipp Otter
PwC Legal, Hamburg

KAPITEL II

Staatliche Infrastrukturfinanzierung

Rechtsanwalt Jan Philipp Otter
PwC Legal, Hamburg

Dipl.-Kfm. Johannes Single
PwC Advisory, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Enno Rolf Thönnies
PwC Legal, Stuttgart

KAPITEL III

Empfehlungen zum Vorgehen im Rahmen der beihilfenrechtlichen Beurteilung einer beabsichtigten Förderung

Rechtsanwalt Jan Philipp Otter
PwC Legal, Hamburg

IMPRESSUM

HERAUSGEBER

**Ministerium für Wirtschaft,
Arbeit und Wohnungsbau
Baden-Württemberg**

Neues Schloss, Schlossplatz 4
70173 Stuttgart

Tel.: +49 (0) 711 123-0
Fax: +49 (0) 711 123-4791

poststelle@wm.bwl.de
www.wm.baden-wuerttemberg.de

KONZEPTION

**Ministerium für
Wirtschaft, Arbeit und
Wohnungsbau Baden-
Württemberg**

EU-Beihilfe@wm.bwl.de

GESTALTUNG

Südsolutions GmbH

Vogelsangstraße 22A
70176 Stuttgart

Tel.: +49 (0) 711 566 160 01

mail@suedsolutions.de
www.suedsolutions.de

DRUCK

Flyeralarm GmbH

Wagenburgstraße 72
70184 Stuttgart

AUTOR

**PricewaterhouseCoopers Legal
AG Rechtsanwalts-gesellschaft**

Inhaltliche Koordination
Rechtsanwalt
Jan Philipp Otter LL.M.

Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart

Tel.: +49 (0) 40 6378 2357

jan.philipp.otter@de.pwc.com
www.pwclegal.de

STAND

Dezember 2016

Der Leitfaden zum EU-
Beihilfenrecht steht auch zum
Download unter:
www.wm.baden-wuerttemberg.de
im Servicebereich zur Verfügung.

Er kann bezogen werden beim:

Ministerium für Wirtschaft,
Arbeit und Wohnungsbau
Baden-Württemberg, Presse-
und Öffentlichkeitsarbeit

Schlossplatz 4
70173 Stuttgart

Fax: +49 (0) 711 123-4804

poststelle@wm.bwl.de

COPYRIGHT

© 2016, Ministerium für Wirtschaft,
Arbeit und Wohnungsbau
Baden-Württemberg

VERTEILERHINWEIS

Diese Informationsschrift wird von der Landesregierung Baden-Württemberg im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Verpflichtung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit herausgegeben. Sie darf während eines Wahlkampfes weder von Parteien noch von deren Kandidaten und Kandidatinnen oder Hilfskräften zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für alle Wahlen.

Missbräuchlich sind insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel.

Untersagt ist auch die Weitergabe an Dritte zur Verwendung bei der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf die vorliegende Druckschrift nicht so verwendet werden, dass dies als Parteinahme des Herausgebers bzw. der Herausgeberin zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Diese Beschränkungen gelten unabhängig davon, auf welchem Wege und in welcher Anzahl diese Informationsschrift verbreitet wurde.

Erlaubt ist es jedoch den Parteien, diese Informationsschrift zur Unterrichtung ihrer Mitglieder zu verwenden.

