

Kommunale Unternehmen in Recht, Steuern und Beratung

Teil 11: Aktuelles zum Beihilferecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

Kommunen befinden sich häufig in einem Standortwettbewerb um die Ansiedlung und das Halten von Unternehmen in ihrem Gebiet. Aufgaben und Tätigkeiten im Bereich der Wirtschaftsförderung sind daher seit jeher von großer Bedeutung für die kommunale Praxis.¹

Viele Kommunen finanzieren direkt (durch Haushaltsmittel) oder indirekt (z. B. über ihre kommunalen Eigengesellschaften) Einheiten, deren Aufgabe die kommunale Wirtschaftsförderung ist. Die Kommunen stehen dabei regelmäßig vor der Herausforderung, ihre wirtschaftsfördernden Aktivitäten nicht nur im Einklang mit dem Kommunal-, Haushalts-, Abgabenrecht und anderen nationalen Rechtsvorschriften, sondern auch unter Beachtung des EU-Beihilferechts zu gestalten. Das EU-Beihilferecht ist somit für Kommunen eine wichtige Grundlage für die Prüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidungen geworden. Dies wird durch die aktuelle Praxis der EU-Kommission bestätigt.

Zum einen hat die EU-Kommission am 8. Juni 2017 ein Auskunftersuchen an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet, in dem sie Informationen über 49 Beihilfemaßnahmen im Zeitraum 2013 bis 2014 erbittet.² Einen Schwerpunkt ihrer Prüfung bildet die öffentliche Finanzierung kommunaler Wirtschaftsförderungsaktivitäten. Zum anderen hat die EU-Kommission in diesem Jahr ein nicht offizielles Arbeitspapier über Beihilfen im Bereich Tourismus erstellt.³ Sie legt dar, wie sie Beihilfen für die Errichtung und den Betrieb von touristisch genutzter Infrastruktur beurteilt. Da in vielen Kommunen die Tourismusförderung ein fester Bestandteil der Wirtschaftsförderung ist, bietet das Arbeitspapier auch eine Orientierung für die beihilferechtliche Prüfung im Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung.

Der nachfolgende Beitrag verschafft einen Überblick über die beihilferechtliche Rechtslage und zeigt für die Praxis geeignete Lösungsansätze auf.

¹ Vgl. Heid in: Praxis der Kommunalverwaltung, Wirtschaftsförderung der Kommunen versus Beihilferecht, A 1 Bund, Januar 2016.

² Schreiben der EU-Kommission vom 8. Juni 2017, „Kontrolle von unter den DAWI-Beschluss fallenden Beihilferegelungen, SA.44264 (2016/MX) – Beihilfe im Bereich der Wirtschaftsförderung“.

³ Arbeitspapier der EU-Kommission, 2017, (ohne weitere Datierung) „Tourism Financing and State Aid“.

Begriffsbestimmung: Kommunale Wirtschaftsförderung

1. Kommunale Wirtschaftsförderung

Eine bundes- oder landesgesetzliche Definition des Begriffs Wirtschaftsförderung ist nicht vorhanden. Auch in den Gemeindeordnungen wird dieser Begriff nicht definiert.

Allgemein werden darunter Maßnahmen verstanden, die der Erhaltung oder Stärkung der kommunalen Wirtschaftskraft dienen und die auf kommunaler Ebene selbstständig und eigenverantwortlich durchgeführt werden.⁴ In vielen Gemeindeordnungen findet sich die Regelung, wonach Gemeinden das Wohl ihrer Einwohner fördern bzw. hierzu verpflichtet sind.⁵

Als Maßnahme zur Förderung des Gemeinwohls wird auch die Wirtschaftsförderung eingeordnet, die als Teil der Daseinsvorsorge grundsätzlich unter die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung fällt.⁶

In der kommunalen Praxis werden Aufgaben und Tätigkeiten im Bereich Wirtschaftsförderung durch Einheiten in unterschiedlicher Rechtsform, beispielsweise durch Eigenbetriebe, Anstalten des öffentlichen Rechts oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wahrgenommen.

Ihre Aufgaben und Tätigkeiten sind sehr vielfältig. So gibt es kommunale Einheiten, die im Rahmen der Wirtschaftsförderung ausschließlich Tourismusförderung betreiben (u. a. Betrieb einer Tourist-Information, Ticket-Vorverkaufsstelle für Konzerte, Theater und ÖPNV-Schalter, Zusammenstellung von Freizeittipps für die Stadt und die Region).

In der kommunalen Wirtschaftsförderung sind jedoch auch beispielsweise Gewerbeflächenmanagement und Immobilienservice, Infrastruktur- und Unternehmensberatung, Existenzgründung und Finanzierung, Einzelhandelsmanagement, Kooperationen und Regionalmanagement, Marketing und Innenstadtentwicklung von Bedeutung.

⁴ Vgl. Klodt in: Springer Gabler Verlag, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: kommunale Wirtschaftsförderung.

⁵ Zum Beispiel § 1 Abs. 1 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen; § 1 Abs. 2 Gemeindeordnung Baden-Württemberg.

⁶ Vgl. Schenek, „Kommunale Wirtschaftsförderung und EU-Beihilfe – Ein Widerspruch?“, BWGZ 20, 2014, S. 1143 ff., mit der zutreffenden Einschränkung, dass dies nur für die Wirtschaftsförderung in Form der (allgemeinen) Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur gilt.

Wann ist EU-Beihilferecht zu beachten?

2. Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts

Das EU-Beihilferecht ist primär in den Art. 107 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV⁷) geregelt. Art. 107 Abs. 1 AEUV enthält das grundsätzliche Beihilfeverbot und bezweckt, Wettbewerb und Handel im europäischen Binnenmarkt zu schützen. Sofern durch öffentliche Mittel wirtschaftliche Tätigkeiten finanziert werden, ist der Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts eröffnet.

Daher ist im ersten Schritt zu prüfen, ob der Tatbestand einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist (hierzu 3.). Sollte dies der Fall sein, können die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Beihilfeverbot (hierzu 4.) vermieden werden, indem in einem zweiten Schritt die beihilferechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten untersucht und entsprechende Umsetzungsmaßnahmen getroffen werden (hierzu 5.)

3. Vorliegen einer Beihilfe

Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

Es muss eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme vorliegen (Zuwendung oder sonstige wirtschaftliche Vorteile); diese Maßnahme muss zu einer Begünstigung eines Unternehmens führen; die Begünstigung muss potenziell zu einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels führen können.

Für die kommunale Praxis bedeutet dies, dass die öffentliche Finanzierung beihilferechtlich zulässig ist, wenn nicht alle Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt sind.

a) Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist dieses Merkmal erfüllt, wenn eine vorteilsgewährende Maßnahme mit Mitteln des Staates (Bund, Länder, Gemeinde) durchgeführt wird und sie dem

⁷ Fassung aufgrund des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Abl. EU L 112/21 vom 24. April 2012) m.W.v. 1. Juli 2013.

Beihilferechtliche Lösung auf Tatbestandsebene

Staat zurechenbar ist.⁸ Die jährliche finanzielle Zuweisung aus dem kommunalen Haushalt, die zugunsten einer Wirtschaftsfördergesellschaft gewährt wird, ist daher zweifelfrei eine aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme.

Auch Mittel öffentlicher Unternehmen sind als staatliche Mittel im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV anzusehen, da der Staat (hier: die Kommune) die Verwendung dieser Mittel regelmäßig steuert.⁹ Daher ist auch die Finanzierung wirtschaftsfördernder Aktivitäten durch kommunale Eigengesellschaften beihilferechtlich relevant.

b) Begünstigung eines bestimmten Unternehmens

Fraglich ist in der Praxis demgegenüber regelmäßig, ob eine Begünstigung vorliegt und der beihilferechtliche Unternehmensbegriff erfüllt ist.

In ihrem Arbeitspapier über die öffentliche Finanzierung im Bereich Tourismus prüft die EU-Kommission, unter welchen Voraussetzungen die Begünstigung eines Unternehmens ausgeschlossen ist; mit der Folge, dass die öffentliche Finanzierung beihilferechtlich zulässig ist.

Begünstigung

Eine finanzielle Zuwendung des Staates, der keine angemessene, marktübliche Gegenleistung gegenübersteht, stellt eine Begünstigung dar.¹⁰ Ob eine marktübliche Gegenleistung vorliegt, wird anhand eines Vergleichs mit einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber („market economy operator“) geprüft. Sofern der Nachweis gelingt, dass auch ein privater Kapitalgeber die fragliche Finanzierung vorgenommen hätte, fehlt es an der Begünstigung und damit am Vorliegen einer Beihilfe.

Die Anforderungen an diesen Nachweis sind hoch. Die EU-Kommission fordert hierfür regelmäßig eine umfassende, plausible Prüfung und Dokumentation.¹¹

Begriff des Unternehmens

Der beihilferechtliche Unternehmensbegriff ist funktional zu verstehen, so dass die Rechtsform einer betreffenden Einheit, ihre Finanzierungsart

⁸ Vgl. u.a. Urteil des Gerichtshofs vom 24. Januar 1978, Van Tiggele, 82/77, Rn. 25 und 26; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Dezember 1996, Air France/Kommission, T-358/94, Rn. 63.

⁹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), Rn. 49.

¹⁰ Siehe zuvor, Rn. 74.

¹¹ Arbeitspapier der EU-Kommission, 2017, (ohne weitere Datierung) „Tourism Financing and State Aid“, S. 3.

sowie ihre Motivation und eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht nicht entscheidend sind. Auch rechtlich unselbstständige Eigenbetriebe können somit Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne sein.¹²

Wichtige Abgrenzung:

Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit?

Entscheidendes Kriterium für die Prüfung ist, ob die betreffende Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit wird in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wiederum sehr weitgehend als "das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen am Markt" definiert.¹³

Für die kommunale Wirtschaftsförderung ist daher zu untersuchen, ob einige Aufgaben dem nichtwirtschaftlichen (hoheitlichen) Aufgabenbereich zuzuordnen sind.

Das hängt davon ab, ob es für die betreffende Leistung einen Markt gibt. Ist dies nicht der Fall, so ist der Beihilfetatbestand für die öffentliche Finanzierung dieser Aufgabe oder Tätigkeit nicht erfüllt. Beispiele für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit im Bereich Wirtschaftsförderung sind die Erschließung und Revitalisierung öffentlichen Geländes durch öffentliche Stellen¹⁴ oder Maßnahmen im Bereich der Hebesatzpolitik und die kommunale Bauleitplanung¹⁵.

In dem zuvor genannten Arbeitspapier zur Tourismusförderung ordnet die EU-Kommission u. a. folgende Tätigkeiten als nichtwirtschaftlich ein: Allgemeine Vermarktung einer Region durch Marketingkampagnen, Marketingveranstaltungen, die entgeltfrei zugänglich sind oder die Einrichtung einer Website, die für Zwecke des allgemeinen Regionalmarketings Informationen bereithält.¹⁶

Diese Einordnung kann durchaus kritisch hinterfragt werden, denn für Dienstleistungen wie Marketingkampagnen oder das Erstellen/Bereitstellen von Websites gibt es grundsätzlich einen Markt, so dass bei strenger Sichtweise eine wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen wäre.

¹² Schröder in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Vergabe- und Beihilferecht, 3. Auflage 2015, Rn. 206.

¹³ Vgl. u.a. Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2000, Pavlov u. a., verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74; Urteil des Gerichtshofs vom 10. Januar 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a., C-222/04, Rn. 107.

¹⁴ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), Rn. 17.

¹⁵ Vgl. Fußnote 6, S. 1144.

¹⁶ Arbeitspapier der EU-Kommission, 2017, (ohne weitere Datierung) „Tourism Financing and State Aid“, S. 2.

Da das Arbeitspapier der EU-Kommission (noch) nicht die offizielle Auffassung der EU-Kommission darstellt, empfehlen wir eine grundsätzlich restriktive Handhabung des Unternehmensbegriffs und eine nachvollziehbare Abgrenzung und Begründung, weshalb eine Aufgabe oder Tätigkeit dem wirtschaftlichen oder dem nichtwirtschaftlichen Bereich zuzuordnen ist.

c) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Schließlich ist für die Annahme einer Beihilfe erforderlich, dass die öffentliche Finanzierung zu einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels führen könnte.

Die EU-Kommission hat in diesem Zusammenhang in einer Reihe von aktuellen Entscheidungen ausgeführt, dass diese Voraussetzungen bei der Förderung rein lokaler Tätigkeiten nicht anzunehmen seien. Dementsprechend könnte möglicherweise argumentiert werden, dass auch die Tätigkeiten der kommunalen Wirtschaftsförderungsorganisationen einen rein lokalen - oder jedenfalls regionalen - Bezug haben und eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels daher möglicherweise ausgeschlossen werden könnte.

Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung zu der städtischen Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden“¹⁷ angenommen, dass die öffentliche Finanzierung allenfalls marginale Auswirkungen auf die Voraussetzungen für grenzüberschreitende Investitionen und die grenzübergreifende Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten hat.

Dies hat sie u. a. damit begründet, dass die Dienstleistungen des Wirtschaftsbüros lediglich auf einem überaus kleinen, lokalen Markt, in einem Teil der Stadt Kiel (im Stadtteil Gaarden, in dem etwa 19 000 der rund 242 000 Einwohner von Kiel leben), angeboten werden, sich ausschließlich an sehr kleine Unternehmen richten und die Dienstleistungen im Bereich der Wirtschaftsförderung von sehr wenigen Mitarbeitern erbracht wird.¹⁸

Sofern keine andere Lösung möglich ist, bietet die von der EU-Kommission geführte Argumentation eine Grundlage für vergleichbare Fälle. Zu berücksichtigen ist aber, dass diese Entscheidungspraxis der EU-Kommission bislang keine Bestätigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gefunden hat.

¹⁷ Entscheidung der EU-Kommission vom 29. April 2015, SA.33149 (2014/NN) (ex 2011/CP) – Deutschland, Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden“.

¹⁸ Siehe vorherige Fußnote, Rn. 21.

Kommunale Wirtschaftsförderung:

Rein lokale oder regionale Bedeutung?

Die EU-Kommission schließt eine Wettbewerbsrelevanz ferner dann aus, wenn die öffentliche Finanzierung einen bestimmten Betrag (200.000 EUR, sog. De-minimis-Förderung) nicht überschreitet, den ein Unternehmen in einem Zeitraum von drei Jahren pro Mitgliedstaat erhalten darf.¹⁹

4. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV

Wenn die öffentliche Finanzierung die Voraussetzungen einer Beihilfe erfüllt, darf diese grundsätzlich erst gewährt werden, wenn sie zuvor der EU-Kommission angezeigt und von ihr genehmigt wurde (Notifizierung und Durchführungsverbot).

Bei einem Verstoß gegen die beihilferechtlichen Vorgaben, müssen die Beihilfen rückabgewickelt werden, d. h. der Empfänger der Beihilfe muss diese für den Zeitraum der letzten zehn Jahre (zzgl. Zinsen) zurückbezahlen. Zugrunde liegende Verträge sind aufgrund nationaler gesetzlicher Regelung nichtig. Verstöße gegen das EU-Beihilferecht können von der EU-Kommission von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde verfolgt werden und auch von Dritten gegenüber nationalen Behörden und Gerichten geltend gemacht werden.

5. Beihilferechtliche Rechtfertigungen

Beihilfen können auch ohne vorherige Notifizierung und Genehmigung gerechtfertigt sein, wenn die Voraussetzungen für eine Freistellung von der Notifizierungspflicht vorliegen.

Wichtige Freistellungsgrundlagen sind der DAWI-Freistellungsbeschluss der EU-Kommission²⁰ und die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung²¹, die nachfolgend mit Blick auf die kommunale Wirtschaftsförderung dargestellt werden.

¹⁹ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 „über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen“.

²⁰ Beschluss der EU-Kommission vom 20. Dezember 2011 „über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“, (bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2011) 9380), (2012/21/EU).

²¹ Verordnung der EU-Kommission Nr. 651/2014 vom 17. Juni 2014 „zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“.

Lösung auf Rechtfertigungsebene

a) DAWI-Freistellungsbeschluss

Eine Freistellung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss setzt voraus, dass die öffentliche Finanzierung für eine Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) gewährt wird und der Zuschussempfänger von dem Zuschussgeber zuvor „betraut“ wurde.

Vorliegen einer DAWI

Der Begriff der DAWI, der nicht gleichbedeutend mit dem deutschen Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge ist²², ist gesetzlich nicht definiert. Auch der DAWI-Freistellungsbeschluss enthält keine Begriffsdefinition, sondern stellt in Randnummer 8 lediglich klar, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung, welche Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen, einen weiten Ermessensspielraum haben.

Die EU-Kommission kann jedoch überprüfen, ob eine ermessenfehlerhafte Beurteilung der DAWI-Tätigkeiten vorliegt.

In der Praxis sind bei der Qualifizierung von Aufgaben und Tätigkeiten die nachfolgenden Kriterien anzuwenden²³:

- es muss um eine wirtschaftliche Tätigkeit in beihilferechtlicher Hinsicht gehen;
- die Tätigkeit muss im Interesse der Allgemeinheit liegen;
- es muss ein Marktversagen feststellbar sein, das heißt, die Tätigkeiten würden ohne Bezuschussung mit öffentlichen Geldern nicht in ausreichender Qualität und Umfang angeboten werden;
- es muss ein strukturell defizitärer Charakter der Tätigkeiten feststellbar sein, so dass sie von einem privaten Unternehmen, wenn es allein im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen würden.

²² Vgl. u. a. OLG Stuttgart, Urteil vom 20. November 2014, Az. 2 U 11/14, Rn. 172.

²³ Vgl.: Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Europa, 20. Dezember 2011, KOM(2011), 900; Bartosch in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 63-70 sowie in der DAWI-Mitteilung der EU-Kommission (2012/C 8/02), Rn. 47.

Kritischer Blick:

Sind wirklich alle Aufgaben als DAWI einzuordnen?

In ihrem Auskunftersuchen vom 8. Juni 2017 teilt die EU-Kommission ihre (vorläufige) Einschätzung mit, dass die u. a. von Wirtschaftsförderungsgesellschaften ausgeübten und auf Basis des DAWI-Freistellungsbeschlusses geförderten Tätigkeiten nicht als DAWI einzuordnen sind.²⁴

Mit dieser Einschätzung berührt die EU-Kommission eine grundlegende Fragestellung, nämlich, ob die fraglichen Tätigkeiten die Voraussetzungen für eine DAWI erfüllen.

Maßnahmen der Wirtschaftsförderung, die nicht einzelne Unternehmen als solche fördern, sondern dazu bestimmt sind, einen Standort oder eine Region insgesamt zu entwickeln, werden zwar regelmäßig als im Allgemeininteresse liegend eingeordnet. Fraglich ist jedoch, ob der Markt diese Dienstleistungen nicht zu Marktbedingungen zufriedenstellend erbringt oder erbringen kann, mithin ob ein „Marktversagen“ anzunehmen ist. Dies wird man in Bezug auf Veranstaltungstätigkeiten, Marketingaktivitäten, Vermietung von Werbeflächen oder Grundstücken, die Vermittlung von Unterkünften, Gewerbeflächenmanagement oder Immobilienservice nicht ohne Weiteres annehmen können, da es hierfür einen funktionierenden Markt gibt.

Das Auskunftersuchen verdeutlicht, dass die EU-Kommission eine weite Auslegung des DAWI-Begriffs kritisch betrachtet. Wir empfehlen daher, die Kriterien für die Annahme einer DAWI für jede Aufgabe oder Tätigkeit im Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung gesondert zu prüfen und eine plausible Begründung zu dokumentieren. Insbesondere das Merkmal „Marktversagen“ erfordert eine Begründung, weshalb der Markt nicht in der Lage ist, diese Leistung zu vergleichbaren Bedingungen zu erbringen.

Betrauungsakt:

Oftmals enthalten Betrauungsakte nicht alle relevanten Vorgaben.

Ordnungsgemäße Betrauung

In dem Auskunftersuchen fordert die EU-Kommission zudem eine ganze Reihe von Unterlagen und Nachweisen an, die eine umfassende Überprüfung der öffentlichen Finanzierung auf Grundlage des DAWI-Freistellungsbeschlusses ermöglichen sollen.²⁵

Neben der Prüfung, ob eine bestimmte Tätigkeit als DAWI einzuordnen ist, wird die EU-Kommission ebenso detailliert untersuchen, ob das betreffende Unternehmen im Einklang mit allen Kriterien des Art. 4 des

²⁴ Vgl. zu diesem Thema auch den Mandantenbrief für Kommunen und kommunale Unternehmen von PwC Legal, Juni 2017.

²⁵ Schreiben der EU-Kommission vom 8. Juni 2017, „Kontrolle von unter den DAWI-Beschluss fallenden Beihilferegelungen, SA.44264 (2016/MX) – Beihilfe im Bereich der Wirtschaftsförderung“, S. 2 ff.

DAWI-Freistellungsbeschlusses betraut wurde, d. h. ob ein ordnungsgemäßer Betrauungsakt vorliegt.

Aus dem Betrauungsakt müssen Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, das beauftragte Unternehmen und der geographische Geltungsbereich, Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen sowie die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht und mögliche überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden, ersichtlich sein.

Die EU-Kommission fragt ausdrücklich danach, ob der Betrauungszeitraum festgelegt wurde, in welcher Höhe dem betreffenden Unternehmen Ausgleichsleistungen gewährt wurden und ob die Vorgaben von Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses in dem Betrauungsakt berücksichtigt wurden.

Vor diesem Hintergrund sollten Kommunen sicherstellen, dass das Unternehmen nach den Vorgaben des DAWI-Freistellungsbeschlusses mit der Erbringung der DAWI betraut wird und die Betrauung auch ordnungsgemäß umgesetzt wird.

Zu der korrekten Umsetzung der Betrauung gehört insbesondere, dass die Einhaltung der Vorgaben des Betrauungsaktes regelmäßig kontrolliert und - für den Fall, dass das Unternehmen neben der DAWI auch noch andere Leistungen erbringt - eine Trennungsrechnung eingeführt wird.

Fehlt es an dem Vorliegen einer DAWI und/oder an einer den Kriterien des DAWI-Freistellungsbeschlusses entsprechenden Betrauung, sind Beihilfen grundsätzlich nicht von der Notifizierung freigestellt, wie der Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem letzten Jahr verdeutlicht hat.²⁶

Ohne ordnungsgemäße Betrauung keine Freistellung!

²⁶ BGH, Urteil vom 24. März 2016, Az. I ZR 263/14. Das Gericht legt in Rn. 87 dar: „Mangels ausreichender Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen kann der Betrauungsakt vom 21. April 2008 nicht Grundlage für eine Freistellung des vom Beklagten für die Jahre 2012 und 2013 beschlossenen Verlustausgleichs für die Kreiskliniken Calw von der - für das Revisionsverfahren zu unterstellenden - Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV sein“.

Öffentliche Finanzierung von kommunaler Infrastruktur

b) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung

Häufig errichten, betreiben und finanzieren Kommunen im Bereich der Wirtschaftsförderung auch Infrastrukturen. Lassen sich die wirtschaftlichen Aufgaben oder Tätigkeiten der kommunalen Wirtschaftsförderung nicht als DAWI einordnen, stellt sich daher die Frage, ob die Freistellungstatbestände der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) eine geeignete Rechtfertigungsgrundlage bilden.

Die AGVO bietet für Beihilfen in den Bereichen Kultur (Art. 53 AGVO), Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur (Art. 55 AGVO) sowie für lokale Infrastruktur (Art. 56 AGVO) Freistellungsmöglichkeiten an. Die Freistellung hängt gemäß Art. 3 AGVO davon ab, dass sowohl die allgemeinen Voraussetzungen des ersten Kapitels der AGVO (Art. 1-9) als auch die besonderen Bestimmungen des dritten Kapitels (Art. 13-56) für die jeweilige Gruppe von Beihilfen erfüllt werden.

Für den Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung kann insbesondere Art. 56 AGVO einen geeigneten Freistellungstatbestand bilden. Der dort enthaltene Begriff „lokaler Infrastruktur“ wird in der Verordnung nicht definiert. Der Bau oder die Modernisierung der Infrastruktur auf lokaler Ebene soll jedoch einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten. Diese Bestimmung ist sehr weit und erfasst beispielsweise Verkehrsinfrastrukturen und Industrie- und Gewerbeparks.²⁷

Auch für eine Freistellung von Beihilfen auf Grundlage der AGVO gilt, dass die Einhaltung der Voraussetzungen dokumentiert werden sollte, um nachträgliche Überprüfung erfolgreich zu bestehen. Im Vergleich zu einer Betrauung sind die Dokumentationsanforderungen unseres Erachtens etwas geringer und ohne größeren Verwaltungsaufwand umsetzbar. Dies gilt auch für die Meldung nach Art. 9 AGVO, die in Abstimmung mit dem zuständigen Landesministerium vorgenommen wird.

6. Zusammenfassung und Fazit

Das EU-Beihilferecht hindert die Kommunen nicht daran, ihre wirtschaftlichen Aufgaben und Tätigkeiten in dem für sie wichtigen Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung wahrzunehmen und zu finanzieren. Die Einhaltung der beihilferechtlichen Vorgaben führt vielmehr dazu, dass die öffentliche Finanzierung rechtssicher erfolgt und somit langfristige Wirkungen entfalten kann.

²⁷ Vgl. Nowak in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2016, Art. 56 AGVO, Rn. 7.

Damit dies der Fall ist, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts eröffnet ist und ob der Beihilfetatbestand gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, welche Aufgaben oder Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur sind und welche dem nichtwirtschaftlichen (hoheitlichen) Bereich zuzuordnen sind. Diese Unterscheidung sollte für die kommunale Wirtschaftsförderung sorgfältig vorgenommen werden, um möglicherweise bereits auf der Ebene des Tatbestandes eine beihilferechtliche Lösung zu erarbeiten („**Tatbestandslösung**“). Wenn der Beihilfetatbestand erfüllt ist, sollte in einem zweiten Schritt untersucht werden, welche beihilferechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten in Betracht kommen („**Rechtfertigungslösung**“).

Eine Betrauung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss ist im Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung nicht pauschal möglich. Auch hier ist es nötig, die Aufgaben und Tätigkeiten einzeln zu betrachten und zu fragen, ob ein Allgemeinwohlinteresse daran besteht und weshalb ein Marktversagen anzunehmen ist. Nicht zuletzt sollte eine Betrauung den Vorgaben des DAWI-Freistellungsbeschlusses entsprechen und ordnungsgemäß umgesetzt werden. Diese Notwendigkeit kommt auch durch das Auskunftersuchen der EU-Kommission zum Ausdruck, die Betrauungen im Bereich Wirtschaftsförderung aktuell überprüft.

Neben der Freistellung auf Grundlage des DAWI-Freistellungsbeschlusses kommt für öffentliche Finanzierung von kommunaler Infrastruktur (z. B. Bau und Betrieb eines Gewerbeparks) auch eine Rechtfertigung auf Basis der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnungen in Betracht. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist zu überprüfen und zu dokumentieren. Dies ist ohne größeren Aufwand möglich, sollte jedoch ebenfalls sorgfältig vorgenommen werden, um nachträgliche Überprüfungen (z. B. durch Rechnungsprüfungsämter) erfolgreich zu bewältigen.

RA Jan Philipp Otter,
Tel. 040-6378-2357, jan.philipp.otter@de.pwc.com

RA Anna-Fiona Weise,
Tel. 040-6378-2589, anna-fiona.weise@de.pwc.com

RA Dr. Engin Ciftci,
Tel. 069-9585-6782, engin.ciftci@de.pwc.com

Im nächsten Teil unserer Herbstserie befassen wir uns mit dem Thema „Gewinnabführungsvertrag“