

Wohnbau Stadt Lahr GmbH
Herrn Ulrich Glatt
Goethestraße 13
77933 Lahr

Ihre Gesprächspartnerin
Evelyn Chaitas
Rechtsanwältin
(Syndikusrechtsanwältin)
Stv. Leitung Rechtsabteilung
Telefon 0711 16345-116
chaitas@vbw-online.de

Stuttgart, 02.07.2020

Beihilferecht / Einlagen in die Kapitalrücklage durch kommunale Gesellschafterin

Sehr geehrter Glatt,

wir beziehen uns auf Ihre E-Mails vom 16.06.2020 und 25.06.2020.

I. Sachverhalte und Auftrag

Im Folgenden gilt es, nachstehend aufgeführte zwei Sachverhalte beihilferechtlich zu prüfen:

- Die Wohnbau Stadt Lahr GmbH (im Folgenden „Wohnbau Lahr“) plant auf Grundstücken der Stadt Lahr die Errichtung eines Mehrfamilienhauses mit 11 öffentlich geförderten Wohnungen. Alle 11 Wohnungen werden nach den Bedingungen des Landeswohnraumförderprogrammes BaWü errichtet und vermietet. Die beiden Grundstücke werden von der Stadt Lahr in die Wohnbau Lahr durch Einlage in die Kapitalrücklage eingebracht. Aus steuerlichen Gründen sieht die aktuelle Planung vor, dass die Grundstücke von der Wohnbau Lahr zu einem Teilbetrag von 10 % des Verkehrswertes durch notariellen Kaufvertrag erworben und sodann zu dem „Restverkehrswert“ als Sacheinlage in die Kapitalrücklage der Wohnbau Lahr eingebracht werden.
- Mehrere Gebäude des Kanadarings, welche sich in einem förmlich festgelegten städtischen Sanierungsgebiet befinden, weisen Missstände und Mängel im Sinne des § 177 BauGB auf, die durch Modernisierungs- und Instandhaltungsmaßnahmen behoben werden sollen. Zur Finanzierung der Maßnahmen erhält die Wohnbau Lahr Fördermittel aus dem Förderprogramm „soziale Stadt“ in Höhe von 35 % der förderfähigen Investitionskosten. Die Wohnbau Lahr hat die mit der Bewilligung der öffentlichen Mittel verbundenen Bedingungen und Auflagen sowie die bestehenden Vorschriften der Sanierung zu beachten. Den Zielsetzungen des Förderprogrammes „soziale Stadt“ entsprechend, soll besonders hinsichtlich sozialer Kriterien der Wohnumfeldgestaltung, Vermietung und seniorenfreundlicher Wohnraumanpassung Rechnung getragen werden. Dafür soll die Wohnbau Lahr durch ihre kommunale Gesellschafterin, die Stadt Lahr, eine weitere Kapitaleinlage in Form von Bareinlagen in Höhe von insgesamt 1,8 Mio. € erhalten. Die Einlage soll in 3 Tranchen erfolgen. In den Jahren 2020, 2021 und 2022 sollen jeweils 600.000 € als Bareinlagen in die Kapitalrücklage erbracht werden.

Die Miethöhen im Wohngebiet Kanadaring wurden bereits im Jahr 2014 durch Beschluss des Aufsichtsrates begrenzt, damit die Mieter nach durchgeführten Sanierungsmaßnahmen und den dann rechtlich möglichen Mieterhöhungen nicht durch zu massive Mieterhöhungen aus dem Wohngebiet verdrängt werden. Die derzeit festgesetzten Miethöhen (Kaltmieten) liegen daher unter den aktuellen Sätzen der kommunalen Arbeitsförderung und sind nach Wohnungsgröße gestaffelt. Auch nach den geplanten Modernisierungsmaßnahmen in den Jahren 2020, 2021, 2020 sollen auch weiterhin die rechtlichen Mieterhöhungspotentiale nicht vollständig ausgeschöpft werden. Das heißt, die Mieten werden auch nach den geplanten Modernisierungsmaßnahmen unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegen, es wird also weiterhin eine vergünstigte Vermietung und keine Vermietung zu Marktpreisen stattfinden. Mittel aus dem Landeswohnraumförderprogramm werden innerhalb der Modernisierungsmaßnahme jedoch nicht eingesetzt.

Sie bitten um rechtliche Erläuterung der Frage, ob und wie die Einlagen in die Kapitalrücklage mit dem europäischen Beihilferecht in Einklang stehen und um die Entwürfe der jeweiligen Bebauungsakte.

II. Rechtslage allgemein

Häufig reicht die Kommune Haushaltsmittel oder eigene, zu Kommunalkreditkonditionen aufgenommene Darlehensmittel an ihre Eigengesellschaft weiter, um diese mit Kapital für anstehende Investitionen (z.B. Neubauvorhaben) auszustatten. Führt eine Kommune einem Unternehmen Kapital durch eine Einlage in die Kapitalrücklage zu, so ist aus beihilferechtlicher Sicht von Bedeutung, aber nicht ohne weiteres erkennbar, ob die Kommune in ihrer „Eigenschaft als Staat“ oder aber als Unternehmer handelt. **Je nachdem, kann die Kapitalmaßnahme ein kommunalpolitisch gewollter marktüblicher Vorteil zugunsten des Unternehmens und damit eine Beihilfe oder aber eine beihilferechtlich unproblematische marktübliche Investition sein.**

Für die Prüfung dieser Frage bestehen unter anderem **drei Möglichkeiten**.

1. De-minimis-Verordnung

Die sog. **De-minimis-Verordnung** nimmt bestimmte, dem Grunde nach als Beihilfe zu beurteilende Tatbestände von der Notifizierung aus. Bei geringen Zuwendungen eines Mitgliedstaates an Unternehmen geht die EU-Kommission davon aus, dass diesen Maßnahmen regelmäßig nicht die Eignung zukommt, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel in der EU zu beeinträchtigen.

Die nach der De-minimis-Verordnung 1407/2013 zulässige Beihilfeobergrenze liegt bei einem Betrag von 200.000 € brutto in drei Steuerjahren. Dieser Zeitraum versteht sich fließend, sodass bei jeder neuen Bewilligung einer De-minimis-Beihilfe die Gesamtsumme des laufenden Steuerjahres sowie die in den vorangegangenen zwei Steuerjahren gewährten De-minimis-Beihilfen maßgeblich sind.

Die DAWI-De-minimis-Verordnung (zu dem Begriff der DAWI siehe weiter unten unter Punkt 3.) setzt die Geringwertigkeitsschwelle für Beihilfen zugunsten von Unternehmen, die mit DAWI betraut sind, auf 500.000 € brutto über drei Steuerjahre herauf.

Da vorliegend der De-minimis-Schwellenwert von 200.000 € bzw. 500.000 € brutto, bezogen auf drei Steuerjahre, überschritten ist, gehen wir auf diese Möglichkeit im Folgenden nicht weiter ein.

2. Private-Investor-Test

Mit dem von der EU-Kommission entwickelten **sog. Private-Investor-Test** wird untersucht, ob ein – freilich hypothetischer – unabhängiger privater Investor anstelle der Kommune ebenfalls eine bestimmte Kapitalzuführung unter Renditegesichtspunkten vornehmen würde. Ist dies der Fall, ist die Kapitalzuführung unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch. Der Private-Investor-Test gilt dementsprechend zunächst überall dort als bestanden, wo sich ein unabhängiger privater Kapitalgeber tatsächlich zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen und gleichem Umfang an einer Kapitalmaßnahme zugunsten eines bestimmten Unternehmens beteiligt.

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

Ob eine marktübliche Kapitalrendite erwartet werden kann, muss im Rahmen einer Prognose beurteilt werden. Relevanter Zeitpunkt für diese Beurteilung ist der Zeitpunkt der Entscheidung über die Gewährung des investierten Kapitals.

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

Allgemein kann festgehalten werden: Ein privater Investor würde einem Unternehmen der Daseinsvorsorge ohne langfristige Renditeaussicht nicht wiederholt Verlustausgleichszahlungen/Kapitaleinlagen zuweisen, sondern das Unternehmen liquidieren oder verkaufen.

Fällt der Private-Investor-Test im Ergebnis negativ aus, weil beispielsweise im Szenario mit der geplanten Kapitalmaßnahme ein negativer Unternehmenswert zu erwarten wäre, so würde durch diese Maßnahme eine Beihilfe gewährt.

3. Freistellungsbeschluss

Ein Private-Investor-Test wäre vorliegend nicht notwendig, wenn die nachfolgend dargestellte Möglichkeit greifen würde. Eine EU-rechtswidrige Beihilfe liegt nämlich auch dann nicht vor, wenn die Beihilfen unter den Freistellungsbeschluss der Europäischen Kommission vom 20.12.2011 fallen. Anzuwenden ist der Freistellungsbeschluss auf Unternehmen, die **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** erbringen.

Die DAWI-Regelungen betreffen den beihilferechtlichen Sonderfall, dass eine staatliche Beihilfe, gleich welcher Art, als Ausgleich gewährt wird, um die defizitäre Erbringung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ durch ein Unternehmen zu kompensieren, das mit der Erbringung dieser Dienstleistungen vom Staat betraut wurde.

Sofern es Anhaltspunkte gibt, dass eine (vermeintliche) staatliche Beihilfe für eine DAWI gewährt werden soll, gilt es somit zunächst zu fragen, ob wirklich eine DAWI im Sinne des EU-Beihilferechts vorliegt. Handelt es sich im konkreten Fall um eine DAWI, ist im Rahmen der Prüfung der einzelnen Merkmale einer Beihilfe besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob die sogenannten **Altmark-Trans-Kriterien** (siehe dazu weiter unten) erfüllt sind.

Der Begriff der DAWI wird im AEUV in Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 erwähnt, jedoch nicht definiert. Unionsrechtlich wird also nicht vorgegeben, was als DAWI anzusehen ist und was nicht. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage, ob eine Dienstleistung als DAWI anzusehen ist. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich hierbei darauf, zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als DAWI kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, und zu prüfen, ob die Ausgleichsleistungen staatliche Beihilfen umfassen. Die Kommission geht bei dieser Prüfung auf „offenkundige Fehler“ bei der DAWI-Festlegung davon aus, dass DAWI im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten immer „besondere Merkmale“ aufweisen. **Das bedeutet, dass Dienstleistungen erbracht werden müssen, die nicht im eigenen gewerblichen Interesse des erbringenden Unternehmens, sondern im Interesse der Allgemeinheit liegen und daher ohne die Betrauung von diesem nicht, oder jedenfalls nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Konditionen erbracht würden.**

Für die wohnungswirtschaftliche Praxis kann festgehalten werden, dass die Tätigkeiten, die durch die soziale Wohnraumförderung nach Maßgabe des LWoFG gefördert werden sollen, vom Mitgliedstaat Deutschland als DAWI anerkannt sind. Ferner fallen diese Tätigkeiten unter den Begriff des **sozialen Wohnbaus** im Sinne des Art. 2 Nr. 1 lit. c) des Freistellungsbeschlusses.

Wichtig und im Einzelfall aufwändig ist aber die Abgrenzung zu weiteren wirtschaftlichen Tätigkeiten im Immobilienbereich, die bei kommunalen Wohnungsbaugesellschaften oftmals vorhanden sind.

Zur Veranschaulichung dieser wichtigen Abgrenzung möchten wir folgendes Praxisbeispiel aus dem Leitfaden zum EU-Beihilferecht, Band 3, Seite 70 ff des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg zitieren:

„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 Satzungszwecks 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, 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 vorhandenen konkreten Interessenten dienen soll. In anderen Konstellationen kann die Erschließung eines Gewerbegebietes beihilfenfrei sein.

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.“

Das Praxisbeispiel verdeutlicht, dass DAWI im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten immer „besondere Merkmale“ aufweisen müssen. Das bedeutet, dass Dienstleistungen erbracht werden müssen, die nicht im eigenen gewerblichen Interesse des erbringenden Unternehmens, sondern im Interesse der Allgemeinheit liegen und daher ohne die Betrauung von diesem nicht oder jedenfalls nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Konditionen erbracht würden.

Ausgleichszahlungen für Maßnahmen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus müssen nicht bei der Europäischen Kommission angemeldet werden, wenn die sonstigen in dem Freistellungsbeschluss genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Diese sind:

Erstens muss es sich um eine **wirtschaftliche Tätigkeit** handeln.

Zweitens muss dem jeweiligen Unternehmen die Erbringung von DAWI im Wege eines oder mehrerer **Betrauungsakte** übertragen worden sein (Artikel 4). Die Form des Betrauungsaktes kann von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden, je nach der politischen und administrativen Organisation. Im deutschen Recht kommen hierfür insbesondere Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte (z.B. Zuwendungsbescheide) oder aber öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge in Betracht.

In jedem Fall muss der Betrauungsakt folgende Angaben enthalten:

- Gegenstand und Dauer der **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen**;
- das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter **ausschließlicher oder besonderer Rechte**;
- Beschreibung des **Ausgleichsmechanismus** und Parameter für die Berechnung;
- **Überwachung** und **Änderung** der Ausgleichsleistungen;
- **Maßnahmen** zur Vermeidung und Rückforderung von **Überkompensationszahlungen** sowie einen Verweis auf den Freistellungsbeschluss.

Drittens muss sichergestellt sein, dass **keine Überkompensation** stattfindet und in der Folge **keine Quersubventionierungen** erfolgen. Mithin darf die Höhe der Ausgleichsleistungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der **gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen** verursachten **Nettokosten** abzudecken, wobei im Freistellungsbeschluss näher beschrieben ist, was unter **Nettokosten** zu verstehen ist.

Hinsichtlich der dritten Voraussetzung (Höhe der Ausgleichszahlung) gilt es, Folgendes zu beachten: Wenn die jeweilige DAWI nur einen Teil der Tätigkeiten des Unternehmens ausmacht, müssen gemäß Art. 5 Nr. 9 des Freistellungsbeschlusses die Kosten und Einnahmen in Verbindung mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung von **allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** von allen anderen Tätigkeiten **getrennt ausgewiesen werden (getrennte Buchführung)**. Hierdurch sollen Überkompensierungen in transparenter Weise offengelegt und in der Folge damit einhergehende Quersubventionierungen unternehmerischer Tätigkeiten außerhalb der DAWI vermieden werden. Sollten Sie zu diesem Punkt noch weitergehende Fragen haben, dürfen Sie sich gerne an unsere Prüfungsabteilung wenden.

Wie bereits erwähnt, ist – sofern eine Ausgleichszahlung für eine DAWI erfolgen soll – weiterhin zu prüfen, ob die **Altmark-Trans-Kriterien** erfüllt sind. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 24.07.2003 (Altmark-Trans-Urteil, Rs. C-280/00) festgelegt, dass unter bestimmten Voraussetzungen staatliche Leistungen an Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI vom Staat beauftragt werden, keine staatlichen Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

- Gemäß dem ersten Altmark-Trans-Kriterium muss das Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (DAWI) betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein (**Stichwort: transparenter Betrauungsakt**).
- Ferner müssen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen wirtschaftlich begünstigt (**Stichwort: Transparenz und Objektivität der Ausgleichsparameter**).
- Des Weiteren darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken (**Stichwort: Nettomehrkostenprinzip**).
- Schließlich muss die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgen, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann. Andernfalls ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeit hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtung zu berücksichtigen sind (**Stichwort: objektiver Kostenmaßstab**).

WICHTIG:

Ist auch nur eine dieser vier Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich bei der staatlichen Ausgleichszahlung um eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Sie müssen deshalb vor ihrer Gewährung bei der Europäischen Kommission angemeldet werden (sog. Notifizierung). Die Kommission prüft dann, ob eine Genehmigungsvorschrift eingreift, auf deren Grundlage sie die Beihilfe genehmigen kann.

Eine Anmeldung ist nur dann nicht erforderlich, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses eingreifen. Dies bedeutet im Umkehrschluss: Wenn alle Altmark-Trans-Kriterien erfüllt sind, kann der Tatbestand der Beihilfe verneint werden, mit der Folge, dass keine Anmeldepflicht besteht.

Es ist daher Folgendes festzuhalten: Sollen Kapitalmaßnahmen der Gesellschafter-Kommune an ihr kommunales Wohnungsunternehmens erfolgen, ist vor jeder Maßnahme zu

prüfen, ob diese für die Erbringung von DAWI gewährt wird. Ist dies der Fall – und kommt keine der anderen genannten Möglichkeiten (De-minimis-Verordnung/Private-Investor-Test) zum Tragen – bedarf es zwingend eines Betrauungsaktes, welcher ebenfalls vor der Erbringung der jeweiligen Kapitalmaßnahme bzw. der DAWI zu erfolgen hat.

4. Erfordernis eines rechtsverbindlichen Rechtsakts

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. Insoweit ist für den Beschluss eines Betrauungsaktes innerhalb der Gemeinde der Gemeinderat zuständig. Dies ergibt sich aus §§ 44, 24 der Gemeindeordnung Baden-Württemberg (im Folgenden „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“ gemäß § 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.

Art. 4 Satz 1 des Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission 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.

III. Rechtslage konkret

Wie bereits unter II.3. festgehalten, sind die Tätigkeiten, die durch die soziale Wohnraumförderung nach Maßgabe des LWoFG gefördert werden, vom Mitgliedstaat Deutschland als DAWI anerkannt. Das von der Wohnbau Lahr geplante Vorhaben bezüglich der Errichtung eines Mehrfamilienhauses mit 11 öffentlich geförderten Wohnungen auf den Grundstücken der Stadt Lahr stellt insofern eine DAWI dar. Eine beihilferechtliche Konformität kann gemäß des Freistellungsbeschlusses durch Erlass eines entsprechenden Betrauungsaktes erreicht werden.

Gleiches gilt für die Sanierungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen des Kanadarings. Zwar werden im Rahmen dieser Maßnahmen keine Mittel aus dem Landeswohnraumförderprogramm eingesetzt, jedoch werden die Mieten gemäß der uns von Ihnen vorliegenden Angaben auch nach den geplanten Modernisierungsmaßnahmen unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegen, es wird also weiterhin eine vergünstigte Vermietung und keine Vermietung zu Marktpreisen stattfinden. Auch dies lässt sich entsprechend dem oben zitierten Praxisbeispiel aus dem Leitfaden zum EU-Beihilferecht des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg unter den Begriff sozialer Wohnungsbau bzw. als DAWI einordnen. Auch bei diesem Sachverhalt ist also eine Betrauungslösung möglich.

IV. Entwürfe Betrauungsakte

Wie von Ihnen gewünscht, haben wir unter Zugrundelegung der genannten Kriterien die entsprechenden Betrauungsakte für die zwei vorliegenden Sachverhalte entworfen, welchen Sie in **Anlage 1** und **Anlage 2** zu diesem Schreiben finden.

Das EU-Beihilferecht gibt eine konkrete Form des Betrauungsaktes nicht vor. Es gibt insofern keinen „Standard-Betrauungsakt“. Einem Beschluss des Gemeinderates fehlt es an der für eine Betrauung erforderlichen Rechtsverbindlichkeit, weil diesem Beschluss keine Rechtswirkung nach außen zukommt. Insofern ist noch ein weiterer Rechtsakt, also der Betrauungsakt an sich, erforderlich.

Aus einem Betrauungsakt muss nach Art. 4 der Freistellungsentscheidung Folgendes hervorgehen:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung;
- Unternehmen;
- gegebenenfalls betreffendes Gebiet;
- Art etwaiger, dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen;
- Ausgleichsmechanismen und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen.

Gewährt der Mitgliedstaat einem Unternehmen auf der Grundlage der Freistellungsentscheidung eine Beihilfe, muss der Betrauungsakt darüber hinaus auf die Freistellungsentscheidung Bezug nehmen, damit der Erbringer der DAWI über die rechtliche Grundlage seiner Betrauung informiert ist und die Einhaltung der Bestimmungen auch selbst überprüfen kann. Dies haben wir in unserem Entwurf berücksichtigt.

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

Zu den Regelungen unserer Entwürfe im Einzelnen folgende Anmerkungen, wobei sich diese sowohl auf **Anlage 1** als auch auf **Anlage 2** beziehen:

- Präambel** - Die Voranstellung einer Präambel ist nicht zwingend. Der Inhalt der Präambel geht jedoch darauf zurück, dass in manchen Fällen einer Ausgleichsleistung keine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Beihilferechts gegeben ist. Hiervon geht – je nach Sachverhalt – auch der Prüfungsstandard IDW 700 aus. Zwar spricht grundsätzlich die Vermutung dafür, dass sich Beihilfemaßnahmen auf den Handel auswirken, jedoch sollte diese Möglichkeit der Argumentation nicht unter den Tisch fallen. Nach Maßgabe des Inhalts der Präambel ergeht der Betrauungsakt damit nur vorsorglich.
- § 1 (1)** - In § 1 (1) haben wir die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) inhaltlich präzisiert.

- § 1 (2)** - Die Regelung dient der Abgrenzung gegenüber solchen Dienstleistungen, die keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen.
- § 1 (4)** - Der Betrauungsakt kann für eine maximale Dauer von zehn Jahren erteilt werden.
- § 2 (1)** - Die Höhe der Ausgleichsleistung ist im Vorhinein aufgrund einer entsprechenden betriebswirtschaftlichen Planung festzulegen und darf dabei unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken, wobei in der Freistellungsentscheidung näher beschrieben ist, was unter Nettokosten zu verstehen ist (Art. 5). Um die Nettokosten zutreffend ermitteln zu können, muss ein betrautes Unternehmen, das nicht nur betrauten Tätigkeiten nachgeht, sondern sich noch in anderer Weise wirtschaftlich betätigt und hierdurch Aufwand (und gegebenenfalls Erträge) erzeugt, eine Trennungsrechnung führen. Das heißt, der (geplante) Aufwand für die betraute Tätigkeit ist vom Aufwand für andere Tätigkeitsbereiche buchhalterisch zu trennen. Hierdurch sollen Überkompensierungen in transparenter Weise offengelegt und in der Folge damit einhergehende Quersubventionierungen unternehmerischer Tätigkeiten außerhalb der DAWI vermieden werden. Sollten Sie hierzu noch Fragen haben, wenden Sie sich bitte an unsere Prüfungsabteilung (Ansprechpartner: Herr Fritz, E-Mail: fritz@vbw-online.de, Tel.: 0711 16345 - 150).
- § 2 (2), (3)** - Diese Regelungen lehnen sich an die Freistellungsentscheidung an. Da die Wohnbau Lahr auch Leistungen außerhalb der DAWI erbringt, bedarf es einer Regelung dazu, wie die Fixkosten zwischen beiden Bereichen sachgerecht aufgeteilt werden.
- § 3 (1)** - Die Problematik der auf Grundlage eines Betrauungsakts gewährten Ausgleichszahlungen liegt darin, dass eine Überkompensierung nicht entstehen darf bzw. der Betrag einer Überkompensierung nur dann auf die folgende Ausgleichsperiode angerechnet werden darf, wenn die Überkompensierung maximal 10 % der jährlichen Ausgleichssumme beträgt, wobei die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbaren Kosten auch eine angemessene Rendite beinhalten dürfen. Letztlich bedarf es – wie bereits ausgeführt – einer getrennten Buchführung, wenn bei dem betrauten Unternehmen die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur einen Teil der Tätigkeiten des Unternehmens ausmachen, um die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der betreffenden Dienstleistung von den anderweitigen Leistungen abzugrenzen. Sollten Sie hierzu noch Fragen haben, wenden Sie sich bitte an unsere Prüfungsabteilung (Ansprechpartner: Herr Fritz, E-Mail: fritz@vbw-online.de, Tel.: 0711 16345 - 150).

- § 3 (2)** - Die Möglichkeit der Übertragung einer Überkompensation, die maximal 10 % beträgt, auf den nächsten Zeitraum resultiert aus Art. 6 der Freistellungsentscheidung.

Bitte überprüfen Sie die Daten in den Entwürfen für die Betrauungsakte auf Ihre Richtigkeit und tragen die noch fehlenden Angaben nach.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

im Auftrag


Evelyn Chaitas