

Beschlussvorlage

Amt: 202 Singler	Datum: 22.07.2020	Az.: 922.5111	Drucksache Nr.: 205/2020
---------------------	-------------------	---------------	--------------------------

Beratungsfolge	Termin	Beratung	Kennung	Abstimmung
Haupt- und Personalausschuss	14.09.2020		nichtöffentlich	15 Ja, 1 Nein
Gemeinderat	28.09.2020		öffentlich	

Beteiligungsvermerke

Amt					
Handzeichen					

Eingangsvermerke

Oberbürgermeister	Erster Bürgermeister	Bürgermeister	Haupt- und Personalamt Abt. 10/101	Kämmerei	Rechts- und Ordnungsamt
	Möw 2/19/20		02.09. Reppner		

Betreff:

**Wohnbau Stadt Lahr GmbH;
Betrauungsakte der Stadt Lahr zur Sicherstellung der Erfüllung
gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Lahr durch die Wohnbau
Stadt Lahr GmbH**

Beschlussvorschlag:

1. Der Gemeinderat beschließt die „Betrauungsakte der Stadt Lahr zur Sicherstellung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Lahr durch die Wohnbau Stadt Lahr GmbH“ nach Maßgabe der beigefügten Entwürfe.
2. Der Gemeinderat ermächtigt und verpflichtet den Vertreter der Stadt in der Gesellschafterversammlung der Wohnbau den Beschluss über die Umsetzung der Betrauungsakte herbeizuführen. Hierzu soll folgender Beschluss in der Gesellschafterversammlung gefasst werden:
„Die Geschäftsführung der Wohnbau wird angewiesen, die mit den vorstehenden Betrauungen ausgesprochenen Gemeinwohlverpflichtungen der Wohnbau unter Beachtung der inhaltlichen Maßgaben der Betrauung zu erfüllen.“

Anlage(n):

- Betrauungsakt - Bareinlage
- Betrauungsakt - Sacheinlage
- Beihilferecht - Einlagen in die Kapitalrücklage

BERATUNGSERGEBNIS	Sitzungstag:	Bearbeitungsvermerk	
<input type="checkbox"/> Einstimmig <input type="checkbox"/> lt. Beschlussvorschlag <input type="checkbox"/> abweichender Beschluss (s. Anlage)		Datum	Handzeichen
<input type="checkbox"/> mit Stimmenmehrheit Ja-Stimmen Nein-Stimmen Enthalt.			

Sachdarstellung:**Betrauungsakt zur Sicherstellung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen**

Nach Artikel 106 Abs. 2 i.V.m. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind staatliche Beihilfen an sich wirtschaftlich betätigende Einrichtungen, u.a. unabhängig von deren Gemeinnützigkeit oder Rechtsform, im Grundsatz **nicht** zulässig.

Der Begriff der Beihilfe, der sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten direkten oder indirekten Vorteile jeder Art umschreibt, welche durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und hierdurch den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen (können), lässt viel Raum für Unklarheiten. Der unionsrechtliche Begriff ist als unbestimmter Rechtsbegriff sehr allgemein gefasst, da möglichst viele beihilferelevante Sachverhalte erfasst werden sollen.

Der Begriff der „Beihilfe“ ist deutlich weiter auszulegen als der Begriff der „Subvention“, da er nicht nur positive Leistungen umfasst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedenen Formen die Belastung vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte; erfasst werden daher grundsätzlich alle dem Staat (Kommune als Teil des Staates) zurechenbaren Begünstigungen an Unternehmen. Beihilfen können daher grundsätzlich bei Verlustausgleichszahlungen, Bürgschaften, Gewährung von zinsgünstigen Darlehen, Übernahme von Personalkosten usw. vorliegen.

Bei Vorliegen von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, den sog. DAWI können unter bestimmten Voraussetzungen Ausgleichsleistungen erbracht werden. DAWI sind marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von den Mitgliedsstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Die Definitionshoheit für die Einordnung einer Maßnahme als DAWI obliegt im Bereich der örtlichen Daseinsvorsorge der kommunalen Selbstverwaltung, welche lediglich einer Missbrauchskontrolle durch die Kommission unterliegt. Um eine Übereinstimmung möglicher Zuwendungen (z.B. von Verlustausgleich) u.a. von der Stadt an die Wohnbau mit dem Beihilferecht zu erreichen, ist es geboten, die Zuwendung von öffentlichen Mitteln durch Umsetzung der Vorgaben des Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission durch einen Betrauungsakt (vgl. Anlage) abzusichern. Folgende Kriterien müssen dabei erfüllt sein:

- (1) Der Betrauungsakt muss an das Unternehmen (vorliegend die Wohnbau) gerichtet und rechtlich verbindlich sein. Das durch die öffentliche Finanzierung begünstigte Unternehmen (Wohnbau) muss tatsächlich und rechtlich verbindlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinschaftlicher Verpflichtungen betraut sein; dabei handelt es sich um Aufgaben der Daseinsvorsorge, die mit einer bestimmten Gemeinwohlverpflichtung verbunden sind. Zuständig für die Betrauung ist der Gemeinderat.
- (2) Die Parameter für den Kostenausgleich müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden. Hierzu muss die mögliche Ausgleichsleistung nachvollziehbar berechnet werden können. Die entsprechenden Festlegungen müssen im Vorhinein getroffen werden. Dies geschieht durch die entsprechenden Vorgaben im Betrauungsakt i. V. m. dem Jahreswirtschaftsplan der Wohnbau.

- 3) Der Ausgleich darf nur die Kosten der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen unter Berücksichtigung von Einnahmen und einem angemessenen Gewinn umfassen. Der Nachweis der Kontrolle erfolgt durch den Jahresabschluss und das Testat eines Wirtschaftsprüfers.
- (4) Es ist dem Verbot der Überkompensierung und der Verpflichtung zur Rückzahlung zu viel geleisteter Ausgleichszahlungen Rechnung zu tragen. Für Aufgaben, die nicht DAWI sind, darf keine Ausgleichszahlung erfolgen. Wenn DAWI nur einen Teil der Tätigkeiten eines Unternehmens ausmachen, müssen die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der betreffenden DAWI und der Ausführung der anderweitigen Aufgaben gemäß den Bestimmungen der Transparenzrichtlinie in den Büchern getrennt ausgewiesen werden. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Die mit den anderen Tätigkeiten als den DAWI verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken.

Die vorgenannten Kriterien sind in Form eines Betrauungsaktes schriftlich niederzulegen, welcher zukünftig die Finanzierungssituation der Wohnbau beihilferechtlich absichert.

Die in § 2 des Gesellschaftsvertrags definierten Aufgaben der Wohnbau erfolgen im öffentlichen Interesse. Daneben erfüllt die Wohnbau ggf. Aufgaben, die vom Markt gleichermaßen angeboten werden und die nicht als DAWI angesehen werden können.

Die Betrauung erfolgt grundsätzlich für die Dauer von max. 10 Jahren.

In Bezug auf die Umsetzung der Betrauungsakte ist die Geschäftsführung der Wohnbau durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung anzuweisen, die mit den Betrauungen ausgesprochenen Gemeinwohlverpflichtungen der Wohnbau unter Beachtung der inhaltlichen Maßgaben der Betrauungen zu erfüllen.

Das sog. Beihilferecht ist zwingend zu beachten, da Beihilfen grundsätzlich verboten sind und immer ein Risiko der Rückforderung durch die Europäische Kommission beinhalten. Daneben besteht bei Verstößen ein Haftungsrisiko für die öffentliche Hand einerseits und die Geschäftsführung sowie dem Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen andererseits.

Die Notwendigkeit für den Abschluss von zwei Betrauungsakten sowie deren beihilferechtliche Prüfung können der beigefügten Anlage entnommen werden.

Die Betrauungsakte haben keine erkennbaren unmittelbaren finanziellen Auswirkungen für die Stadt Lahr oder die Wohnbau.


Markus Ibert
Oberbürgermeister


Jürgen Trampert
Stadtkämmerer

Öffentlicher Auftrag

(Betrauungsakt)

der Stadt Lahr, vertreten durch den Oberbürgermeister,

auf der Grundlage

des
BESCHLUSSES DER KOMMISSION
vom 20.12.2011

über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind
(2012/21/EU, ABI. L 7/3 vom 11.01.2012)
- Freistellungsbeschluss -,

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION

über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
(2012/C 8/02, ABI. EU Nr. C 8/4 vom 11.01.2012)

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION

über den Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)
(2012/C 8/03, ABI. C 8/15 vom 11.01.2012)

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION

über die Annahme des Inhalts eines Entwurfs für eine Verordnung der Kommission über De-minimis-Beihilfen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
(2012/C 8/04, ABI. C 8/23 vom 11.01.2012)

der
VERORDNUNG (EU) 360/2012 DER KOMMISSION
vom 25.04.2012

über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen
(ABI. L 114/8 vom 26.04.2012)

und der

Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.
(ABI, EU Nr.L 318/17 vom 17.November 2006)

Präambel

Die soziale Wohnungswirtschaft in Deutschland ist in vielen Bereichen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. „DAWI“) unter bestimmten Voraussetzungen beihilferechtlich privilegiert. Bei den meisten Sachverhalten ist bereits der Tatbestand der Beihilfe nicht gegeben. Neben Gründen aus dem satzungsrechtlichen Verhältnis zwischen der Stadt Lahr und der Wohnbau Stadt Lahr GmbH fehlender einseitiger Begünstigung liegt in den meisten Fällen keine Wettbewerbsverfälschung bzw. kein grenzüberschreitender Effekt vor.

Nach Aussage der Kommission ist das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels nur dann erfüllt, wenn das begünstigte Unternehmen wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten berühren. Die Kommission zog bislang daraus den Schluss, dass damit „viele lokal erbrachte Dienstleistungen vom Anwendungsbereich der beihilferechtlichen Vorschriften ausgenommen sein dürften“.

Diese zurückhaltende Praxis gegenüber Fällen ohne grenzüberschreitenden Charakter wird auch durch die neuere Beihilfepolitik der Kommission bestätigt. Zudem stellte die Kommission in ihrem Maßnahmenpaket zur Anwendung der Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse klar, dass – soweit sich eine Tätigkeit auf die Örtlichkeit beschränkt und damit überwiegend für die eigene örtliche Bevölkerung angeboten wird – entsprechende DAWI als nicht binnenmarktrelevante Dienstleistungen anzusehen sind.

In diesen Fällen sieht die Kommission eine Beihilfe nicht als gegeben an, da die Zuwendungen den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen.

Hilfsweise und unabhängig davon, ob im vorliegenden Zusammenhang ein Beihilfetatbestand gegeben ist, erlässt die Stadt Lahr gegenüber der Wohnbau Stadt Lahr GmbH nachfolgenden Betrauungsakt.

Der Betrauungsakt konkretisiert den durch den Gesellschaftsvertrag der Stadt Lahr statuierten Gegenstand und Zweck der Wohnbau Stadt Lahr GmbH, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erbringen, um damit den Anforderungen des Europäischen Beihilferechts Rechnung zu tragen. Die Stadt Lahr bedient sich im vorliegenden Fall der Wohnbau Stadt Lahr GmbH bei der Bereitstellung von Wohnraum für die Bevölkerung zu angemessenen Bedingungen, insbesondere für solche Personen, die sich nicht am Markt mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen (sozialer Wohnungsbau) versorgen können. Die Stadt Lahr bzw. die Wohnbau Stadt Lahr GmbH handeln dabei im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge. Es handelt sich um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

§ 1

Beauftragtes Unternehmen, Art der Dienstleistungen (zu Art. 4 der Freistellungsentscheidung)

- (1) Die Stadt Lahr beauftragt die Wohnbau Stadt Lahr GmbH mit der Erbringung nachstehender Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse:

Sozialer Wohnungsbau

- Modernisierungs- und Instandhaltungsmaßnahmen der Gebäude Kanadaring 27/29, Kanadaring 31/33, Kanadaring 37/39, Kanadaring 41/43, Kanadaring 55/57, Kanadaring 59/61, Kanadaring 63/65, Kanadaring 67/69, Kanadaring 71/73 und Kanadaring 75/77 in 77933 Lahr, wobei die Mieten auch nach den geplanten Modernisierungsmaßnahmen unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegen werden.
- (2) Daneben erbringt die Wohnbau Stadt Lahr GmbH Dienstleistungen, die nicht zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zählen.
- (3) Die Betreuung ist auf das Stadtgebiet der Stadt Lahr beschränkt.
- (4) Die Betreuung tritt am Tage der Unterzeichnung in Kraft und erfolgt auf die Dauer von 10 Jahren. Die Betreuung endet vor diesem Zeitpunkt, wenn die Stadt Lahr die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung, die Gegenstand dieser Betreuung ist, aus zwingenden Gründen (Gesetz, Rechtsprechung) nach anderen, mit dieser Betreuung unvereinbaren Rechtsvorschriften regeln muss. Gilt dies nur für Einzelpflichten dieser Betreuung oder von Teilen von Einzelpflichten dieser Betreuung, so gilt die Betreuung im Übrigen fort. Die Stadt Lahr kann diese Betreuung aufheben, wenn hierfür ein wichtiger Grund gegeben ist, der die Fortsetzung der Betreuung für die Stadt Lahr unzumutbar macht.

§ 2

Art der Ausgleichszahlung (zu Art. 5 der Freistellungsentscheidung)

- (1) Die Stadt Lahr leistet der Wohnbau Stadt Lahr GmbH für die in § 1 (1) genannten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine Einlage in die Kapitalrücklage in Höhe von insgesamt 1,8 Mio. €. Die Einlage wird in drei Einzahlungen zu jeweils 600.000 € gestaffelt. Die erste Einzahlung erfolgt im Jahr 2020, die zweite im Jahr 2021 und die dritte im Jahr 2022. Die Höhe der Einlage ist damit summenfixiert und die genauen Einlagezeitpunkte werden im Beschluss der Gesellschafterversammlung festgelegt.
- (2) Der Umfang der Ausgleichszahlungen in Form der Einlage in die Kapitalrücklage darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verursachten Nettokosten abzudecken.
- (3) Die zu berücksichtigenden Kosten enthalten sämtliche, durch die Erbringung der Dienstleistungen nach § 1 (1) verursachten variablen Kosten und einen angemessenen Beitrag zu den Fixkosten. Können Fixkosten nicht eindeutig den Tätigkeiten nach § 1 (1) und (2) zugeordnet werden, sind diese nach einem sachgerechten Schlüssel aufzuteilen.
- (4) Die Wohnbau Stadt Lahr GmbH hat in ihren Jahresabschlüssen die Kosten und Einnahmen getrennt nach Dienstleistungen gemäß § 1 (1) und (2) auszuweisen. Dabei ist anzugeben, welcher Aufteilungsschlüssel gemäß (2) zugrunde gelegt wurde.

§ 3

Vermeidung von Überkompensierung (zu Art. 6 der Freistellungsentscheidung)

- (1) Um sicherzustellen, dass durch die Ausgleichszahlung in Form der Kapitaleinlage keine Überkompensierung für die Erbringung der Dienstleistungen nach § 1 (1) entsteht, führt die Wohnbau Stadt Lahr GmbH nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres den Nachweis über die Verwendung der Mittel. Dies geschieht durch die Vorlage des Jahresabschlusses und das Testat einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Die Prüfung der Jahresrechnung hat sich nach Artikel 6 des Freistellungsbeschlusses auch auf die Tatsache zu erstrecken, ob die Mittel EU-beihilferechtskonform verwendet worden sind. Die geprüfte Jahresrechnung nebst Testat ist der Stadt Lahr unverzüglich nach ihrer Erstellung zur Verfügung zu stellen.
- (2) Die Stadt Lahr ist berechtigt, Bücher, Belege und sonstige Geschäftsunterlagen prüfen zu lassen.
- (3) Die Stadt Lahr fordert die Wohnbau Stadt Lahr GmbH gegebenenfalls zur Erstattung überhöhter Vergünstigungen auf. Übersteigt die Überkompensation die durchschnittliche jährliche Vergünstigung nicht um mehr als 10 %, so kann sie auf den nächsten Zeitraum übertragen und auf die für diesen Zeitraum zu gewährende Vergünstigung aufgeschlagen werden.

§ 4

Vorhalten von Unterlagen (zu Art. 8 der Freistellungsentscheidung)

Unbeschadet weitergehender Vorschriften sind sämtliche Unterlagen, anhand derer sich feststellen lässt, ob die gewährte Begünstigung mit den Bestimmungen der Freistellungsentscheidung vereinbar sind für die Dauer des Betrauungsaktes, mindestens jedoch für einen Zeitraum von 10 Jahren aufzubewahren.

§ 5

Hinweis auf den Grundlagenbeschluss und Inkrafttreten

Der Gemeinderat Stadt Lahr hat in seiner Sitzung am TT.MM.JJJJ den Erlass dieses öffentlichen Auftrages (Betrauungsakt) beschlossen. Die Betrauung erfolgt für den in § 1 (4) angegebenen Zeitraum. Die Betrauung tritt am Tage der Unterzeichnung in Kraft.

Stadt Lahr, TT.MM.JJJJ

.....
Oberbürgermeister Stadt Lahr

Öffentlicher Auftrag

(Betrauungsakt)

der Stadt Lahr, vertreten durch den Oberbürgermeister,

auf der Grundlage

des
BESCHLUSSES DER KOMMISSION
vom 20.12.2011

über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind
(2012/21/EU, ABI. L 7/3 vom 11.01.2012)
- Freistellungsbeschluss -,

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION
über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
(2012/C 8/02, ABI. EU Nr. C 8/4 vom 11.01.2012)

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION
über den Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)
(2012/C 8/03, ABI. C 8/15 vom 11.01.2012)

der
MITTEILUNG DER KOMMISSION
über die Annahme des Inhalts eines Entwurfs für eine Verordnung der Kommission über De-minimis-Beihilfen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
(2012/C 8/04, ABI. C 8/23 vom 11.01.2012)

der
VERORDNUNG (EU) 360/2012 DER KOMMISSION
vom 25.04.2012
über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen
(ABI. L 114/8 vom 26.04.2012)

und der

Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.
(ABI. EU Nr. L 318/17 vom 17. November 2006)

Präambel

Die soziale Wohnungswirtschaft in Deutschland ist in vielen Bereichen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. „DAWI“) unter bestimmten Voraussetzungen beihilferechtlich privilegiert. Bei den meisten Sachverhalten ist bereits der Tatbestand der Beihilfe nicht gegeben. Neben Gründen aus dem satzungsrechtlichen Verhältnis zwischen der Stadt Lahr und der Wohnbau Stadt Lahr GmbH fehlender einseitiger Begünstigung liegt in den meisten Fällen keine Wettbewerbsverfälschung bzw. kein grenzüberschreitender Effekt vor.

Nach Aussage der Kommission ist das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels nur dann erfüllt, wenn das begünstigte Unternehmen wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten berühren. Die Kommission zog bislang daraus den Schluss, dass damit „viele lokal erbrachte Dienstleistungen vom Anwendungsbereich der beihilferechtlichen Vorschriften ausgenommen sein dürften“.

Diese zurückhaltende Praxis gegenüber Fällen ohne grenzüberschreitenden Charakter wird auch durch die neuere Beihilfepolitik der Kommission bestätigt. Zudem stellte die Kommission in ihrem Maßnahmenpaket zur Anwendung der Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse klar, dass – soweit sich eine Tätigkeit auf die Örtlichkeit beschränkt und damit überwiegend für die eigene örtliche Bevölkerung angeboten wird – entsprechende DAWI als nicht binnenmarktrelevante Dienstleistungen anzusehen sind.

In diesen Fällen sieht die Kommission eine Beihilfe nicht als gegeben an, da die Zuwendungen den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen.

Hilfsweise und unabhängig davon, ob im vorliegenden Zusammenhang ein Beihilfetatbestand gegeben ist, erlässt die Stadt Lahr gegenüber der Wohnbau Stadt Lahr GmbH nachfolgenden Betrauungsakt.

Der Betrauungsakt konkretisiert den durch den Gesellschaftsvertrag der Stadt Lahr statuierten Gegenstand und Zweck der Wohnbau Stadt Lahr GmbH, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erbringen, um damit den Anforderungen des Europäischen Beihilferechts Rechnung zu tragen. Die Stadt Lahr bedient sich im vorliegenden Fall der Wohnbau Stadt Lahr GmbH bei der Bereitstellung von Wohnraum für die Bevölkerung zu angemessenen Bedingungen, insbesondere für solche Personen, die sich nicht am Markt mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen (sozialer Wohnungsbau) versorgen können. Die Stadt Lahr bzw. die Wohnbau Stadt Lahr GmbH handeln dabei im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge. Es handelt sich um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

§ 1

Beauftragtes Unternehmen, Art der Dienstleistungen (zu Art. 4 der Freistellungsentscheidung)

- (1) Die Stadt Lahr beauftragt die Wohnbau Stadt Lahr GmbH mit der Erbringung nachstehender Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse:

Sozialer Wohnungsbau

- Erstellung von 11 Wohnungen in der Leopoldstr.39 in 77933 Lahr für Zwecke des sozialen Wohnungsbaus und Vermietung dieses Wohnraums nach dem Landeswohnraumförderungsgesetz Baden-Württemberg
- (2) Daneben erbringt die Wohnbau Stadt Lahr GmbH Dienstleistungen, die nicht zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zählen.
 - (3) Die Betreuung ist auf das Stadtgebiet der Stadt Lahr beschränkt.
 - (4) Die Betreuung tritt am Tage der Unterzeichnung in Kraft und erfolgt auf die Dauer von 10 Jahren. Die Betreuung endet vor diesem Zeitpunkt, wenn die Stadt Lahr die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung, die Gegenstand dieser Betreuung ist, aus zwingenden Gründen (Gesetz, Rechtsprechung) nach anderen, mit dieser Betreuung unvereinbaren Rechtsvorschriften regeln muss. Gilt dies nur für Einzelpflichten dieser Betreuung oder von Teilen von Einzelpflichten dieser Betreuung, so gilt die Betreuung im Übrigen fort. Die Stadt Lahr kann diese Betreuung aufheben, wenn hierfür ein wichtiger Grund gegeben ist, der die Fortsetzung der Betreuung für die Stadt Lahr unzumutbar macht.

§ 2

Art der Ausgleichszahlung (zu Art. 5 der Freistellungsentscheidung)

- (1) Die Stadt Lahr leistet der Wohnbau Stadt Lahr GmbH für die in § 1 (1) genannten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine Einlage in die Kapitalrücklage in Form einer Sacheinlage. Eingelegt werden die Grundstücke Flurstück 24324/12 (1.130 m²) und 24324/13 (110 m²) mit einem Verkehrswert von 248.000,00 €. Der reduzierte Einlagewert in Höhe 223.200,00€ resultiert daraus, dass die Wohnbau Stadt Lahr GmbH gemäß einem notariellem Kaufvertrag für die genannten Grundstücke eine Zahlung in Höhe von 24.800,00 € an die Stadt Lahr leistet. Die Höhe der Sacheinlage ist damit summenfixiert und der Einlagezeitpunkt wird festgelegt.
- (2) Der Umfang der Ausgleichszahlungen in Form der Einlage in die Kapitalrücklage darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verursachten Nettokosten abzudecken.
- (3) Die zu berücksichtigenden Kosten enthalten sämtliche, durch die Erbringung der Dienstleistungen nach § 1 (1) verursachten variablen Kosten und einen angemessenen Beitrag zu den Fixkosten. Können Fixkosten nicht eindeutig den Tätigkeiten nach § 1 (1) und (2) zugeordnet werden, sind diese nach einem sachgerechten Schlüssel aufzuteilen.
- (4) Die Wohnbau Stadt Lahr GmbH hat in ihren Jahresabschlüssen die Kosten und Einnahmen getrennt nach Dienstleistungen gemäß § 1 (1) und (2) auszuweisen. Dabei ist anzugeben, welcher Aufteilungsschlüssel gemäß (2) zugrunde gelegt wurde.

§ 3

Vermeidung von Überkompensierung (zu Art. 6 der Freistellungsentscheidung)

- (1) Um sicherzustellen, dass durch die Ausgleichszahlung in Form der Kapitaleinlage keine Überkompensierung für die Erbringung der Dienstleistungen nach § 1 (1) entsteht, führt die Wohnbau Stadt Lahr GmbH nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres den Nachweis über die Verwendung der Mittel. Dies geschieht durch die Vorlage des Jahresabschlusses und das Testat einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Die Prüfung der Jahresrechnung hat sich nach Artikel 6 des Freistellungsbeschlusses auch auf die Tatsache zu erstrecken, ob die Mittel EU-beihilferechtskonform verwendet worden sind. Die geprüfte Jahresrechnung nebst Testat ist der Stadt Lahr unverzüglich nach ihrer Erstellung zur Verfügung zu stellen.
- (2) Die Stadt Lahr ist berechtigt, Bücher, Belege und sonstige Geschäftsunterlagen prüfen zu lassen.
- (3) Die Stadt Lahr fordert die Wohnbau Stadt Lahr GmbH gegebenenfalls zur Erstattung überhöhter Vergünstigungen auf. Übersteigt die Überkompensation die durchschnittliche jährliche Vergünstigung nicht um mehr als 10 %, so kann sie auf den nächsten Zeitraum übertragen und auf die für diesen Zeitraum zu gewährende Vergünstigung aufgeschlagen werden.

§ 4

Vorhalten von Unterlagen (zu Art. 8 der Freistellungsentscheidung)

Unbeschadet weitergehender Vorschriften sind sämtliche Unterlagen, anhand derer sich feststellen lässt, ob die gewährte Begünstigung mit den Bestimmungen der Freistellungsentscheidung vereinbar sind, für die Dauer der Betrauung, mindestens jedoch für einen Zeitraum von 10 Jahren aufzubewahren.

§ 5

Hinweis auf den Grundlagenbeschluss und Inkrafttreten

Der Gemeinderat Stadt Lahr hat in seiner Sitzung am TT.MM.JJJJ den Erlass dieses öffentlichen Auftrages (Betrauungsakt) beschlossen. Die Betrauung erfolgt für den in § 1 (4) angegebenen Zeitraum. Die Betrauung tritt am Tage der Unterzeichnung in Kraft.

Stadt Lahr, TT.MM.JJJJ

.....
Oberbürgermeister Stadt Lahr

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 marktunüblicher 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).

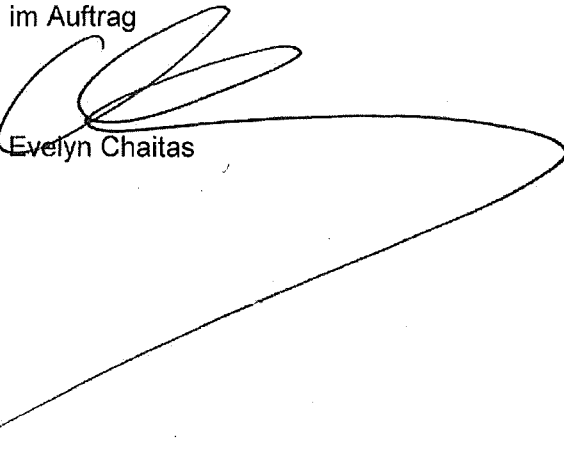
- § 3 (2) - Die Möglichkeit der Übertragung einer Überkompensation, die maximal 10 % beträgt, auf den nächsten Zeitraum resultiert aus Art. 6 der Freistellungsentscheidung.

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