



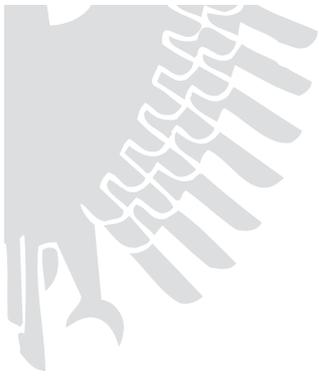
**DStGB**  
Deutscher Städte-  
und Gemeindebund

DStGB

DOKUMENTATION N° 151



**EU-BEIHILFERECHT**  
in der kommunalen Praxis



## INHALT

Vorwort	3
<b>I. <u>Der Beihilfetatbestand (Art. 107 AEUV)</u></b>	4
Beihilfebegriff	4
Begünstigung	4
Unternehmen	5
Staatliche Mittel	7
Selektivität	8
Verfälschung des Wettbewerbs	8
Handelsbeeinträchtigung	10
Schnelltest Beihilfe	10
<b>II. <u>Ausnahmen von der Notifizierungspflicht</u></b>	11
DAWI	11
AGVO	14
<b>III. <u>Beihilferecht in der kommunalen Praxis</u></b>	16
Tourismus	16
Wirtschaftsförderungsgesellschaften	16
Krankenhausfinanzierung	18
Kultur/Sport	19
Förderung von Infrastruktur	20
<b>IV. <u>Fazit</u></b>	21
Weiterführende Hinweise	22
Impressum	23



# VORWORT

## DES DEUTSCHEN STÄDTE- UND GEMEINDEBUNDES

Die Kommunen sind in klassischen Bereichen der Daseinsvorsorge zunehmend gezwungen, sich mit dem Beihilfenrecht auseinanderzusetzen. Dies betrifft regelmäßig Aufgaben, die defizitär betrieben werden wie beispielsweise Krankenhäuser, ÖPNV, Tourismus oder auch den Sport- und Kulturbereich. Im kommunalen Bereich ruft das seit jeher Kritik, zum Teil sogar Unverständnis hervor. Keine Verfälschung des Wettbewerbes und erst recht keine Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten drohen, wenn die Kommunen Aufgaben finanzieren, die sonst nicht am Markt angeboten werden und nur lokal erbracht werden können.

Es stimmt: Das europäische Beihilfenrecht ist für die Anwender in den Kommunen

nicht immer übersichtlich und erscheint in erster Linie sehr komplex. Deshalb ist die seit einiger Zeit zu beobachtende Tendenz der Vereinfachung des Beihilfenrechts durch die Europäische Kommission zu begrüßen. Richtig ist aber auch: Einige Probleme sind hausgemacht. So die teilweise zu beobachtende zu strikte Auslegung des Beihilfenrechts durch nationale Stellen, die von europäischer Ebene nicht gewollt ist.

Auch in Zeiten der Vereinfachung macht die Komplexität und das Interpretationspotenzial das Beihilfenrecht zu einer anspruchsvollen und arbeitsintensiven Aufgabe. Diese Dokumentation will den Kommunen beim Umgang mit der Komplexität helfen. Dabei wird nicht der Anspruch auf die perfekte Lösung und auf Vollständigkeit



Dr. Gerd Landsberg  
*Hauptgeschäftsführer des DStGB*

erhoben. Es soll vielmehr eine Hilfe zur Einordnung grundlegender Fragen des Beihilfenrechts und ein Überblick über die wichtigsten Instrumente gegeben werden, mit denen die kommunale Praxis die Probleme in den Griff bekommen kann. Dabei werden auch die Spielräume aufgezeigt, die das Beihilfenrecht den Kommunen heute schon für die Umsetzung wichtiger, lokaler Projekte gewährt. Dies geschieht im Interesse eines funktionierenden Gemeinwesens, im Interesse der Menschen vor Ort. Diese sind auf die Finanzierung von grundlegenden Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge durch die Kommunen angewiesen. ■

Dr. Gerd Landsberg

# 1 DER BEIHILFETATBESTAND (ART. 107 AEUV)

*Das Beihilferecht ist eines der zentralen Elemente des EU-Wettbewerbsrechts. Schon in dem Gründungsvertrag zur europäischen Wirtschaftsgemeinschaft findet sich in Artikel 87 die heute fast wortgleich geltende Vorschrift zum Beihilferecht. Aus der Präambel des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergibt sich, dass das Wettbewerbsrecht dem Zwecke dient, einen fairen Wettbewerb innerhalb der Union zu gewährleisten.*

**D**as Beihilferecht ist in vielen Fällen der kommunalen Praxis zu beachten. So gehören zu den beihilferelevanten Sachverhalten unter anderem die Gewährung von Bürgschaften, Grundstücksverkäufe und die wichtige Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge. In diesem Kapitel sollen die Grundlagen des Beihilferechts und die daraus folgende Notifizierungs- und Genehmigungspflicht erläutert und anhand von Beispielen dargestellt werden.

## BEIHILFEBEGRIFF

Wann eine Beihilfe tatbestandlich vorliegt, ist in Art. 107 Abs. 1 AEUV geregelt. Dort heißt es: „Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter

Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Für den Rechtsanwender bedeutet dies, dass er zur Feststellung, ob eine Beihilfe vorliegt, zu klären hat, ob

- die Kommune einem Unternehmen direkt oder indirekt eine Begünstigung gewährt (1.),
- das Unternehmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht (2.),
- durch die Verwendung staatlicher Mittel ein Vorteil gewährt wird. (3.),
- Selektivität vorliegt und bestimmte Unternehmen begünstigt werden (4.),
- die Zahlung geeignet ist, den Wettbewerb zu verfäl-

schen (5.) und

- die Zahlung den gemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt (6.).

Nur wenn diese Punkte alle bejaht werden können, liegt tatbestandlich tatsächlich eine genehmigungspflichtige Beihilfe vor. Nachfolgend sollen die einzelnen Voraussetzungen im Lichte der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, der Entscheidungen der EU-Kommission und der Mitteilung zum Beihilfebegriff von 2016 erläutert werden.

## BEGÜNSTIGUNG

Eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jeder wirtschaftliche Vorteil, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten könnte. Diese Begünstigung kann dabei direkt oder indirekt gewährt werden. Im Kern geht es darum, ob das Unternehmen die Begünstigung unter normalen Marktbedingungen erhalten würde.

Der Grund oder das Ziel der Vorteilsgewährung ist grundsätzlich ohne Belang. Ob es sich um eine Begünstigung handelt, wird allein anhand der Auswirkung der Maßnahme bewertet. Um zu bewerten, ob eine Begünstigung vorliegt, muss die



Lage vor einer finanziellen Zuwendung und nach einer finanziellen Zuwendung bewertet werden.

Eine Begünstigung kann direkt durch die Zuwendung finanzieller Mittel geschehen, aber auch indirekt durch die Befreiung von wirtschaftlichen Lasten. So stellt auch die Übernahme von Betriebs- oder Personalkosten eine Begünstigung eines Unternehmens dar.

Begünstigungen können beispielsweise **Verlustausgleichszahlungen, Kapitaleinlagen bei unrentablen Unternehmen, Darlehen, günstige Grundstücksverkäufe** oder **Miet- und Pachtverträge** sein. Eine Begünstigung liegt nicht vor, wenn der Vorteil im Rahmen eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens gewährt wird.

Zur Festlegung der Marktüblichkeit eines Vorteils wird der sogenannte „Private-Investor-Test“ verwendet. Hiernach gilt es festzustellen, ob ein privater Dritter sich in der jeweiligen Situation genau so verhalten würde, wie die einen Vorteil gewährende staatliche Stelle.

## UNTERNEHMEN

Diese Begünstigung muss einem Unternehmen gewährt

werden. Eine Zuwendung an Privatpersonen wird damit grundsätzlich nicht erfasst. Eine Ausnahme können indirekte Beihilfen darstellen, die durch eine steuerliche Vergünstigung für bestimmte Produkte einen Wettbewerbsvorteil für Unternehmen darstellen könnten.

### *Unternehmensbegriff*

Ein Unternehmen im Sinne des Beihilferechts ist weiter zu verstehen als der im deutschen Recht übliche Unternehmensbegriff. Im europäischen Recht kommt nicht der institutionelle Beihilfebegriff zur Anwendung, sondern der sogenannte **funktionale Unternehmensbegriff**. Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen vorliegt, kommt es somit weder auf die Rechtsform noch auf die Art der Finanzierung an. **Das entscheidende Kriterium ist allein, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.**

Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn Gegenstand des Unternehmens das Anbieten von Dienstleistungen oder Waren auf einem Markt ist. Ein Markt liegt dann vor, wenn andere Unternehmen ein Interesse an der Tätigkeit des Unternehmens hätten und zum Verkauf von Waren bzw. Dienstleistungen in der Lage wären.

Das gilt grundsätzlich auch,

wenn es natürliche oder rechtliche Monopole gibt und damit ein echter Wettbewerb nicht möglich ist. Hier gilt, dass ein Markt schon dann vorliegt, wenn es interessierte Unternehmen geben könnte, die in der Lage wären, an die Stelle des Monopolinhabers zu treten. Hierbei ist auch die Rechtslage innerhalb des Staates entscheidend.

Praktisch bedeutet dies für die Kommunen, dass nicht nur privatwirtschaftliche, sondern auch öffentlich-rechtliche Rechtsformen unter den Unternehmensbegriff fallen. So können Verbände, Vereine oder auch Teile der öffentlichen Verwaltung – wie Regie- oder Eigenbetriebe – Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne sein. Die Definition als Unternehmen ist dabei nicht generell sondern tätigkeitsbezogen zu verstehen. So muss mitunter geprüft werden, ob die Begünstigung innerhalb eines „Unternehmens“ für eine wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Tätigkeit verwendet wird und ob sich die Begünstigung auf die wirtschaftliche Tätigkeit auswirken kann.

Einer Gewinnerzielungsabsicht bedarf es zur Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht. Mithin können auch Einheiten ohne Erwerbszweck, die zur



Erfüllung von Gemeinwohlbelangen gegründet wurden, wie kommunale Zweckverbände, Vereine oder Stiftungen, Unternehmen im Sinne des Beihilfrechts sein.

Die Festlegung, ob eine Tätigkeit als wirtschaftlich oder nicht-wirtschaftlich bewertet werden muss, ist dabei nicht durch EU-Recht festgelegt, sondern unterliegt den Veränderungen in der EU insgesamt und dem Mitgliedstaat im Besonderen. So können durch neue rechtliche Vorschriften oder technische Entwicklungen Märkte in Bereichen entstehen, die bisher als nicht-wirtschaftlich bewertet worden sind.

#### **Träger öffentlicher Gewalt**

Weiterhin findet das Beihilfrecht keine Anwendung, wenn im Rahmen der **Ausübung als Träger öffentlicher Gewalt** gehandelt wird. Diese Einschränkung ist nach der Auslegung der EU-Kommission eng zu verstehen und umfasst Tätigkeiten, die zu den Kernaufga-

ben des Staates gehören. Hierzu gehören beispielsweise Polizei und Ordnungsamt, die Justiz und die Luftsicherung. Dazu kann unter anderem auch das öffentliche Krankenhauswesen gehören.

Auch Zuschüsse für die Errichtung von Anlagen, die zukünftig wirtschaftlich genutzt werden sollen, stellen nach der Entscheidungspraxis von EU-Kommission und EuGH schon eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, da sich aus dem wirtschaftlichen Charakter der späteren Tätigkeit die Art der Errichtung ableiten lässt. Dies hat der EuGH bei dem Verfahren, den Flughafen Leipzig/Halle zu errichten, explizit klargestellt.

#### **Infrastrukturen**

Daher lässt sich für die Praxis folgern, dass grundsätzlich alle Infrastrukturen, die gegen ein Entgelt betrieben werden, beihilferechtlich relevant sind. Ausnahmen bestehen im Einzelfall zum Beispiel für **Wasser- und Abwasserinfrastrukturu-**

**ren** wie die Kommission in der Mitteilung zum Beihilfegriff klargestellt hat.

Eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit stellt ferner der Bau und Betrieb von Infrastrukturen an, die nicht kommerziell genutzt werden. Dazu gehören **öffentliche Straßen und Brücken.**

#### **Kulturförderung**

Im **Kulturbereich** kann nach der Mitteilung der Kommission zum Beihilfegriff davon ausgegangen werden, dass Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes auf nicht-kommerzielle Art und Weise durchgeführt wird und daher als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit zu werten ist.

Dazu gehören unter anderem Museen, Archive, Bibliotheken, Kunst- und Kulturzentren, Theater, Opernhäuser, Konzerthäuser, archäologische Stätten, Denkmäler, historische Stätten und Gebäude, traditionelles Brauchtum und Handwerk, Festivals und Ausstellungen sowie Tätigkeiten im Bereich der kulturellen und künstlerischen Bildung.

Voraussetzung für die Beurteilung einer nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit ist, dass sie nicht überwiegend durch Besucher- bzw. Benutzerentgelte oder aber andere kommerzi-



elle Mittel finanziert wird. Für die Praxis lässt sich daraus die Schlussfolgerung ziehen, dass Kunst- und Kultureinrichtungen, die zu mehr als 50 Prozent aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, keine wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen.

Als zweite Voraussetzung gilt, dass die Allgemeinheit Zutritt zu der geförderten Einrichtung hat. Sofern nur bestimmte Unternehmen von der geförderten Maßnahme profitieren, ist diese als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Als Beispiel wird von der Kommission hier die Förderung der Restauration eines historischen Gebäudes angeführt, welches anschließend von einem Privatunternehmen genutzt wird.

## STAATLICHE MITTEL

Die Begünstigung des Unternehmens muss ferner aus staatlichen Mitteln finanziert sein. Dazu zählen Zahlungen der Kommunen. Weiterhin können auch Mittel von kommunalen Unternehmen zählen, wenn diese dem Staat zugerechnet werden können. Es handelt sich also strenggenommen um zwei Voraussetzungen: die finanzierte Gewährung einer Begünstigung und die Zurechenbarkeit dieser Maßnahme zu einer öffentlichen Stelle. In der überwiegenden Anzahl der

Fälle macht es allerdings Sinn, dass beide Merkmale gemeinsam betrachtet werden.

Zu beachten ist hier grundsätzlich, dass die Gewährung einer Beihilfe aus staatlichen Mitteln nicht zwingend voraussetzt, dass die Mittel auch tatsächlich übertragen werden. Vielmehr genügt bereits die Schaffung eines hinreichend konkreten Risikos einer künftigen Belastung des kommunalen Haushalts, wie dies beispielsweise bei der **Gewährung einer kommunalen Ausfallbürgschaft** der Fall ist. Auch eine konkrete und verbindliche Zusage – etwa im Rahmen eines Förderbescheids, einer harten Patronatserklärung oder gesetzlicher Verlustübernahmepflichten –, zu einem späteren Zeitpunkt Mittel zur Verfügung zu stellen, stellt nach der Auffassung der Kommission bereits eine Übertragung staatlicher Mittel im beihilferechtlichen Sinne dar. Dies ist etwa für den Zeitpunkt einer erforderlichen Notifizierung ebenso wie für den Beginn der Verjährung der Rückforderungsbefugnis von Bedeutung.

Ebenfalls können **Mittel aus den Strukturfonds der EU oder von internationalen Organisationen** (IWF, Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung)

staatliche Mittel im Sinne des Beihilferechts sein. Dies gilt dann, wenn die Verwendung der Mittel, insbesondere die Auswahl des Empfängers, im Ermessen der (kommunalen) Behörden liegt. Werden die Mittel dagegen direkt von der EU vergeben, ohne dass die Kommune über einen Ermessensspielraum verfügt – zum Beispiel im Rahmen der Förderprogramme „Horizont 2020“ und „COSME“ – handelt es sich nicht um staatliche Mittel im Sinne des Beihilferechts.

Drittens stellt auch der **Verzicht auf Einnahmen**, welche die Kommune andernfalls erhalten hätte, eine Beihilfe dar. Dies kommt etwa bei dem **Verzicht der Kommune auf die Erhebung von Erschließungs- oder Abwasser-/Abfallgebühren zugunsten ansiedlungsbereiter Unternehmen** sowie bei marktunüblichen Vergütungsregelungen in Verträgen in Betracht. So wurde beispielsweise entschieden, dass der Verzicht der Mehrwertsteuer auf Elektrofahrzeuge und Batterien in Norwegen eine Beihilfe darstellt, indem der norwegische Staat auf Einnahmen verzichtet.

Eine Begünstigung durch ein öffentliches Unternehmen ist dem Staat nach der Rechtsprechung des EuGH und der



Entscheidungspraxis dann zuzurechnen, wenn ein so beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, dass er die Verwendung der Mittel steuern kann, um besondere Vorteile für andere Unternehmen zu schaffen. Weiterhin ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob das öffentliche Unternehmen die Entscheidung über die Gewährung der Mittel treffen konnte, ohne diesbezüglich besonderen Anweisungen der beherrschenden öffentlichen Stelle zu genügen.

Auch die **Rechtsform des Unternehmens** kann ein Indikator für die Zurechenbarkeit der Maßnahmen sein. Wobei die bloße privatrechtliche Organisationsform nicht grundsätzlich die Zurechenbarkeit der Maßnahme ausschließt. Weiterhin können die Tätigkeit des Unternehmens in einem wettbewerblichen Umfeld und die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung Indikatoren für die Zurechenbarkeit sein. Hier ist zum Beispiel zu beachten, ob ein Mitglied der Stadtverwaltung in die Geschäftsführung des öffentlichen Unternehmens eingebunden ist.

## SELEKTIVITÄT

Die Maßnahmen müssen zudem selektiv sein. Das bedeutet, dass bestimmte Unternehmen gegenüber anderen durch die Begünstigung bevorteilt werden. Das Kriterium soll sicherstellen, dass nicht alle Fördermaßnahmen unter den Beihilfebegriff fallen, sondern nur diejenigen, die bestimmte Unternehmen, Unternehmensgruppen oder Produktionszweige begünstigen.

Auch wenn demnach allgemeine Maßnahmen nicht beihilferelevant sind, werden diese nach der Rechtsprechung sehr restriktiv beurteilt. So wurde beispielsweise hinsichtlich einer allgemeinpolitischen Maßnahme, die allen Unternehmen eines Wirtschaftszweiges zugutekam, festgestellt, dass diese selektiv sei, weil sie nicht jeder Wirtschaftszweig erhalte.

Bei der Festlegung der Selektivität spielt es grundsätzlich keine Rolle, dass die Beihilfe nicht für vorab definierte Empfänger bestimmt ist und anstelle dessen für die Gewährung der Mittel verschiedene objektive Kriterien erfüllt werden müssen.

Die Förderung von Unternehmen durch die **kommunale Wirtschaftsförderung** kann grundsätzlich von einer Selektivität der Maßnahme ausgegangen werden, weil in diese in der Regel auf spezifische Unternehmen abzielen.

## VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS

Die Beihilfe muss weiterhin zu einer Verfälschung des Wettbewerbes führen. Das oder die begünstigten Unternehmen müssen also gegenüber ihren Wettbewerbern einen Vorteil erhalten. Um eine Wettbewerbsverfälschung zu bejahen, ist es nicht notwendig, dass eine tatsächliche Benachteiligung schon vorliegt, sondern es reicht, dass die Maßnahme dazu geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Dieser, durch die Rechtsprechung festgelegte, weite Maßstab der Wettbewerbsverfälschung wurde durch die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Beihilfebegriff im Jahr 2016 etwas eingeschränkt. Eine rein hypothetische Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung soll nicht ausreichen, um das Kriterium zu bejahen.

Für die **potentielle Wettbewerbsverfälschung** genügt es, dass die Möglichkeit die betreffende Dienstleistung anzubie-



ten für ein in einem anderen Mitgliedstaat tätiges Unternehmen durch die Begünstigung verringert wird.

Für die Wettbewerbsverfälschung kommt es dabei nicht darauf an, dass das betroffene Unternehmen seine Marktposition stärkt, indem es beispielsweise seine Geschäftstätigkeit ausbaut. Vielmehr ist es schon ausreichend, dass die Situation eines Unternehmens im Vergleich zur Situation ohne die Begünstigung gestärkt worden ist.

Für die Kommune bedeutet dies, dass eine potentielle Wettbewerbsverfälschung immer dann vorliegt, wenn es in einem anderen Mitgliedsstaat der EU einen Wettbewerber gibt, der in der Lage ist, die Dienstleistung ebenfalls anzubieten.

Um den Wettbewerb zu verfälschen, ist es nicht notwendig, dass die Unternehmen eine grenzüberschreitende Tätigkeit ausführen. Vielmehr muss bei einem solchen Sachverhalt betrachtet werden, ob der Markteintritt eines Wettbewerbers durch eine Beihilfe erschwert werden könnte.

Anders ist der Fall beispielsweise gelagert, wenn es um **unmittelbare Wettbewerbsverfälschung** geht. Diese lie-

gen vor, wenn Unternehmen ihre Dienstleistungen bewusst oder unbewusst grenzüberschreitend anbieten. Dies kann beispielsweise nach einer Entscheidung der EU Kommission dann der Fall sein, wenn ein **kommunales Freizeitbad auf eine überregionale Kundschaft** ausgelegt ist. Bei Freizeitbädern geht die EU-Kommission beispielsweise grundsätzlich von einem Einzugsgebiet von mindestens 50 km aus, sodass Zuschüsse an solche Bäder durchaus als wettbewerbsverfälschende Beihilfe gewertet werden könnten. So hat die Kommission beispielsweise in der Entscheidung zum Freizeitbad Dorsten entschieden, dass bei einem Freizeitbad, was erkennbar nur darauf ausgelegt ist, ein Angebot an die Bürger der Stadt und der Nachbargemeinden zu geben, keine Handelsbeeinträchtigung vorliegt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung der Kommission zum „Trimini-Komplex“ in Bayern, da in der Entscheidung ausdrücklich die Grenz Nähe des Bades als Grund für die Handelsbeeinträchtigung genannt wird. Die Entscheidung zur Errichtung einer Kletterhalle in Berlin (OVG Berlin/ Brandenburg 6 B 3.17) zeigt, dass auch die Förderung grenzferner Einrichtungen grundsätzlich beihilferelevant sein

kann. In diesem Fall hatte der Deutsche Alpin Verein für eine Kletterhalle einen vergünstigten Mietzins über 30 Jahre erhalten. Hiergegen hatte sich ein Betreiber einer privaten Kletterhalle erfolgreich gewehrt.

#### *Tätigkeiten mit rein lokalen Auswirkungen*

Erleichterungen für die kommunale Praxis gibt es durch die Mitteilung der Kommission zum Beihilfebegriff. **Eine Wettbewerbsverfälschung liegt darüber hinaus nicht vor, wenn die ausgeübte Tätigkeit eine rein lokale Natur hat.** Um als Tätigkeit rein lokaler Natur zu gelten, darf die Tätigkeit nur in einem geografisch begrenzten Gebiet angeboten werden. Weiterhin muss es unwahrscheinlich sein, dass die Dienstleistung oder Ware Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht. Schlussendlich darf bei Gewährung der Förderung nicht davon ausgegangen werden, dass die Begünstigung mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben würde.

Beihilfen, die nur lokale Auswirkungen haben, können damit beispielsweise **Förderungen für Sport- und Freizeitzentren mit überwiegend lo-**

kalem Einzugsgebiet sein. Auch die Förderung von Tagungszentren mit einem rein lokalen Fokus sowie Krankenhäuser und Gesundheitszentren, welche zur Versorgung und Erbringung der allgemeinen medizinischen Leistungen notwendig sind, kann jeweils eine Beihilfe mit rein lokalen Auswirkungen darstellen.

Die Förderung von kleinen Häfen und Flughäfen, die in keinem direkten Wettbewerb mit anderen Einrichtungen stehen, kann nach dieser Definition ebenfalls eine rein lokale Fördermaßnahme darstellen, die nicht beihilferelevant ist.

## HANDELS- BEEINTRÄCHTIGUNG

Es muss weiterhin geprüft werden, ob die Maßnahme mögliche Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat. Die Kommission versteht die Handelsbeeinträchtigungen sehr weit. Grundsätzlich bedeutet dies, dass die Chancen eines Unternehmens, seine Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt des Mitgliedstaats zu erbringen, der ein Unternehmen begünstigt hat, gerade durch diese Begünstigung gemindert werden müssten.

Allerdings gilt hier, dass eine

bloße hypothetische Beeinträchtigung des Handels nicht ausreicht, um dieses Tatbestandsmerkmal zu bejahen. Es muss auf Grundlage der konkreten, vorhersehbaren Auswirkungen festgestellt werden können, dass die Maßnahme Auswirkungen auf den Handel hatte.

Auch für die Handelsbeeinträchtigung ist es **entscheidend, ob eine Maßnahme**

einen rein lokalen Charakter hat und damit für die Beeinträchtigung des Handels unter den Mitgliedsstaaten unbedeutend ist. Dies ist vor allem danach zu beurteilen, wie groß das begünstigte Unternehmen ist, welchen Umfang der betroffene Markt hat, wie hoch die tatsächliche Unterstützung ist, ob es eine lokale Konkurrenz gibt und ob Kunden aus anderen Mitgliedstaaten angezogen werden sollen.

*Exkurs: Die vorstehenden neueren Erwägungen ergeben sich aus den Veröffentlichungen der Europäischen Kommission und stellen deren Verständnis des Beihilfebegriffes dar. Eine verbindliche Auslegung des Beihilfebegriffes ist allerdings nur durch den EuGH möglich, der diese Entscheidungspraxis noch bestätigen muss. Die Bekanntmachung der Kommission kann und sollte jedoch als Richtschnur für die Entscheidungen auf regionaler und lokaler Ebene genutzt werden. In den Urteilen seit der Bekanntmachung der Kommission hat sich der EuGH nicht klar zu der Entscheidung hinsichtlich der lokalen Beihilfen geäußert. Das OLG Nürnberg (3 U 134/17) hat sich intensiv mit der Entscheidung der Kommission auseinandergesetzt und dies nach intensiver Prüfung und Herleitung (Analyse der Nutzer und örtlichen Gegebenheiten) angewendet. So heißt es im Urteil, dass "Zuwendungen einer kreisfreien Stadt an ein Alten-/Pflegeheim, das ein örtlich geprägtes Einzugsgebiet hat, Standardleistungen im Pflegebereich anbietet und dessen Bewohner nicht aus anderen Mitgliedstaaten, sondern nur aus der näheren Region stammen, stellen keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Es handelt sich um rein lokale Fördermaßnahmen ohne Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel."*



### SCHNELLTEST BEIHILFE

Wenn sich bei einer Maßnahme konkret die Frage nach einer Beihilfe stellt, kommt es darauf an, wie folgende Fragen beantwortet werden:

- Wird durch eine Beihilfe der Kommune ein Unternehmen finanziell bessergestellt?
- Erfolgt diese Besserstellung aus dem staatlichen/kommunalen Haushalt?
- Handelt es sich um einen möglichen überregionalen Sachverhalt (vergleiche 2.5., 2.6)?

Sollte es sich nach einer Beantwortung dieser Fragen tatsächlich um eine Beihilfe handeln, wird im folgenden Kapitel auf die Möglichkeiten zu den Ausnahmen der Genehmigungspflicht der Beihilfe eingegangen.

## 2 AUSNAHMEN VON DER NOTIFIZIERUNGSPFLICHT

Eine Beihilfe der öffentlichen Hand kann unter bestimmten Voraussetzungen von der Anmeldung und Genehmigung durch die Europäische Kommission freigestellt sein. So können Beihilfen im Bereich der **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** ohne Einschaltung der Kommission gewährt werden. Die Kommission hat darüber hinaus über die **Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung** die Möglichkeit geschaffen, bestimmte Gruppen von Beihilfen generell von der Anmeldungspflicht zu befreien.

Dabei gilt es jedoch immer, die spezifischen Vorschriften zur Freistellung zu beachten, um nicht in die Gefahr zu geraten, die gezahlten Beihilfen zurückfordern zu müssen.

### DAWI

#### a) DAWI allgemein

Unter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind all diejenigen Tätigkeiten zu verstehen, welche auf nationaler oder lokaler Ebene als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft werden und einer besonderen Gemeinwohlverpflichtung unterliegen. Eine gemeinschaftsrechtliche Definition der DAWI gibt es nicht. Die Definition unterliegt grundsätzlich dem jeweiligen Mitgliedstaat und die Kontrolle der EU beschränkt sich auf offenkundige Beurteilungsfehler in Bezug auf das Vorliegen einer Aufgabe im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.

In der Vergangenheit wurde beispielsweise von der Kom-

mission entschieden, dass die **Verlegung eines Breitbandzugangs**, der nur einem Wirtschaftsunternehmen oder aber einem Wirtschaftspark und nicht der allgemeinen Bevölkerung zugutekommt, keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellt. Dies wurde als Beurteilungsfehler des nationalen Gesetzgebers gesehen.

Aus den verschiedenen Entscheidungen der Kommission ergibt sich, dass DAWI Dienstleistungen sein müssen, die im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden. Ein Indiz für eine DAWI ist dabei, dass die Leistung an sich nur defizitär erbracht werden kann. Weiterhin kann von einer DAWI ausgegangen werden, wenn es ohne den staatlichen Eingriff keinen Markt für die Dienstleis-

tung geben würde oder aber im Hinblick auf Qualität, Sicherheit, allgemeinen Zugang oder Bezahlbarkeit nur ein deutlich schlechteres Angebot als das unterstützte geben könnte.

Ein Beispiel für eine entsprechende DAWI ist ein **Nahverkehrsangebot im ländlichen Raum**, welches dünn besiedelte Ortsteile mit der Kernstadt verbindet.

#### *b) Altmark Trans*

Im Rahmen der Altmark-Trans-Entscheidung hat der EUGH allgemeine Kriterien aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen bei Ausgleichszahlungen für DAWI keine Beihilfe vorliegt.

Zunächst muss das begünstigte Unternehmen förmlich mit der Erbringung der klar definierten, gemeinwohlorientierten Leistung betraut sein. Dies kann durch einen Beschluss des zuständigen (Kommunal)Parlamentes geschehen.

Im Rahmen der Betrauung ist transparent festzulegen, nach welchen objektiven Kriterien Ausgleichszahlungen für DAWI-Leistungen gezahlt werden. Entscheidend für die Höhe ist, dass nicht nur die Kosten für die Erfüllung eingepreist werden dürfen, sondern auch ein angemessener Gewinn Teil der Ausgleichszahlung sein darf.

Die Auswahl des Unternehmens sollte dabei durch öffentliche Ausschreibung erfolgen, um die notwendige Ausgleichszahlung möglichst gering zu halten. Alternativ können bei einem betrauten Unternehmen auch die Personal- und Sachkosten im Rahmen der DAWI ersetzt werden, die in einem durchschnittlich gut geführten Unternehmen anfallen.

Wie die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu berechnen sind, hat das Gericht allerdings in der Entscheidung offengelassen. Hier sollte in der Praxis ein Kostengutachten hinterlegt werden, welches nachweist, dass die Kosten angemessen sind.

#### *c) Almunia-Paket*

Mit dem DAWI-Paket von 2011 (sog. Almunia-Paket) sollte vor allem eine Vereinfachung für die Rechtsanwender in der Handhabung von DAWI-Freistellungen erreicht werden. Der DAWI-Beschluss legt die Voraussetzungen fest, unter denen Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mit den EU-Beihilfavorschriften vereinbar sind.

Im Unterschied zur Altmark-Trans-Entscheidung sind die Ausgleichszahlungen, welche aufgrund des DAWI-Pakets

freigestellt werden, als Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV zu bewerten. Gleichwohl bleiben die Altmark-Trans Entscheidung und die aufgestellten Kriterien relevant, weil eine Freistellung gem. dem DAWI-Beschluss nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden kann.

So dürfen die **Ausgleichsleistungen 15 Mio. EUR pro Jahr** (Durchschnitt der Jahresbeiträge der für den Betrauungszeitraum vorgesehenen Ausgleichsleistungen) **nicht übersteigen**. Die Höchstschwelle gilt **nicht für Krankenhäuser, sozialen Wohnungsbau und Sozialdienstleistungen**.

Weiterhin darf **die Betrauung des Unternehmens nicht länger als 10 Jahre** betragen. Ausnahmsweise gilt die Höchstdauer nicht, wenn bei den Investitionen längere Abschreibungszeiträume gelten. Weiterhin gilt der DAWI-Beschluss **nicht für die Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur**.

#### *Musterbetrauungsakt*

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) stellt auf seiner Website einen **Musterbetrauungsakt** zur Verfügung<sup>1</sup>. Der Betrauungsakt muss inhaltlich genau bestimmt sein. Dies haben die Gerichte auf nationaler und europäischer Ebene in der

<sup>1</sup> [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/1/infopak-et-kleine-kommunen-musterbetrauungsakt-fuer-dienstleistungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/1/infopak-et-kleine-kommunen-musterbetrauungsakt-fuer-dienstleistungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6)



Vergangenheit ebenfalls klar gestellt. So müssen in einem ersten Schritt diejenigen **Tätigkeiten** bestimmt werden, die als „**Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an einem Markt**“ qualifiziert werden können und damit geeignet sind, den Beihilfentatbestand zu erfüllen. Alle nicht beihilferelevanten Tätigkeiten müssen nicht in den Betrauungsakt aufgenommen werden. Der Betrauungsakt muss weiterhin eine möglichst präzise **Angabe der Grundlagen für die Berechnung der zukünftigen Ausgleichsleistungen** enthalten. Dabei ist nach Auffassung der Kommission auch ein vollständiger nachträglicher Ausgleich der gesamten DAWI-Kosten möglich. Aus dieser Vorgabe wird in der Praxis der Schluss gezogen, dass es ausreicht, wenn im Betrauungsakt diejenigen Kosten- und Einnahmenpositionen, die bei der Ermittlung der Ausgleichsleistungen angesetzt werden können, so genau wie möglich angegeben werden. Diese Parameter können im Wirtschaftsplan des Unternehmens gefunden werden. Daher sollte im Betrauungsakt auf diesen verwiesen werden.

#### **d) De-Minimis**

Die Kommission hat darüber hinaus für geringfügige Begünstigungen festgelegt, dass

***Exkurs Trennungsrechnung:** Hierbei ist es grundsätzlich möglich, dass die DAWI-Leistungen eines Unternehmens nur einen Teil der Tätigkeiten des Unternehmens ausmachen. In diesem Fall ist eine sogenannte Trennungsrechnung erforderlich. Die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der betreffenden DAWI-Leistung und die Ausführung von anderen Leistungen sind zwingend buchhalterisch zu trennen. Weiterhin ist anzugeben, nach welchen Grundsätzen die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Die Trennungsrechnung soll den Nachweis erleichtern, dass mit der Ausgleichsleistung keine Überkompensation des Unternehmens erfolgt. Der DAWI-Beschluss konkretisiert in Art. 5 wie die Höhe der Ausgleichsleistungen ermittelt werden soll. Eine Trennungsrechnung ist auch erforderlich, wenn ein Unternehmen mit mehreren unterschiedlichen DAWI betraut ist, da sich aus den Büchern ergeben muss, ob für die jeweilige Aufgabe eine Überkompensation vorliegt.*

diese den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten nicht beeinträchtigen. Dabei gibt es im Bereich der sogenannten De-Minimis-Beihilfen eine allgemeine De-Minimis-Verordnung und eine DAWI-De-Minimis-Verordnung.

#### **Allgemeine De-Minimis-Verordnung**

Der Anwendungsbereich der allgemeinen De-Minimis-Verordnung bestimmt sich nach festgelegten **Schwellenwerten**. Einem Unternehmen dürfen grundsätzlich über einen Zeitraum von drei Steuerjahren insgesamt 200.000 EUR als De-Minimis-Beihilfe gewährt werden. Für **Unternehmen im Schienengüterverkehr** liegt der Schwellenwert bei 100.000 EUR in drei Jahren. Zu beachten ist, dass verbundene Unter-

nehmen als ein Unternehmen angesehen werden. Kommunale Unternehmen gelten als „selbstständig“, wenn jedes Unternehmen eigene Entscheidungsbefugnisse hat und das einzige verbindende Element die Kontrolle der Kommune ist.

Hervorzuheben ist, dass De-Minimis-Beihilfen auch an **Unternehmen in Schwierigkeiten** gezahlt werden können.

Bei De-Minimis-Beihilfen wird in Deutschland das sogenannte **Erklärungssystem** verwendet. Das bedeutet, dass dem Unternehmen zunächst schriftlich die voraussichtliche Höhe der Beihilfe mitgeteilt wird. Das Unternehmen ist danach in der Pflicht, der zuständigen Behörde eine Übersicht und Erklärung über die in den letzten

1. Kalenderjahr	90.000	1.-3. Kalenderjahr 185.000 (Schwellenwert nicht überschritten)
2. Kalenderjahr	30.000	
3. Kalenderjahr	65.000	2.-4. Kalenderjahr 195.000 (Schwellenwert ebenfalls nicht überschritten)
4. Kalenderjahr	100.000	
5. Kalenderjahr		maximal 35.000

### **Beispielrechnung:**

Ein Unternehmen hat in den vergangenen Jahren jeweils De-Minimis-Beihilfen bekommen, um kleine Investitionen vorzunehmen. Für das laufende Geschäftsjahr begehrt der Unternehmer Investitionsbeihilfen in Höhe von 100.000 EUR.

Jahren erhaltenen Beihilfen zu geben.

#### **DAWI-De-Minimis Verordnung**

Für Unternehmen, die DAWI-Aufgaben übernehmen, liegt der Schwellenwert bei 500.000 EUR in drei Jahren. Notwendig für eine DAWI-De-Minimis-Beihilfe ist allerdings eine ordnungsgemäße Betrauung des Unternehmens. An diese sind jedoch keine strengen Anforderungen wie bei einer normalen DAWI oder einer Förderung nach den Altmark-Trans-Kriterien zu stellen. Weiterhin ist keine Überkompensationsprüfung durchzuführen, wie bei einer Freistellung nach dem DAWI-Beschluss.

Für die Beurteilung, ob die Schwellenwerte überschritten sind, ist immer das aktuelle und die vergangenen zwei Kalenderjahre zu beachten.

Es ist auch möglich, „normale“ De-Minimis-Beihilfen und DAWI-De-Minimis-Beihilfen zu **kombinieren**. Dabei muss jedoch darauf geachtet werden, dass der Gesamtbetrag aus beiden Beihilfen 500.000 EUR in drei Kalenderjahren nicht übersteigt und maximal 200.000

EUR in drei Kalenderjahren außerhalb der DAWI-Förderung aufgewendet werden.

#### **AGVO**

Die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) der Europäischen Kommission vom 17.6.2014 deckt eine Reihe von staatlichen Beihilfen ab, **die vor einer Gewährung keiner Einzelgenehmigung durch die Europäische Kommission bedürfen**. Im Rahmen dieser Verordnung gewährte Beihilfen müssen lediglich nach Inkrafttreten der Beihilferegulierung elektronisch angezeigt werden. Die AGVO ist ein wichtiges Mittel, um Beihilfen rechtssicher zu gewähren. Im Jahr 2015 fielen 90 Prozent der Beihilfemaßnahmen und mehr als 96 Prozent der Maßnahmen, für die Ausgaben gemeldet wurden, unter die AGVO und konnten daher schneller ausgezahlt werden.

Mittels der Verordnung werden Beihilfen zugunsten folgender Bereiche und Aktivitäten freigestellt:

- Regionalbeihilfen
- Beihilfen für KMU in Form von Investitionsbeihilfen, Betriebsbeihilfen und Bei-

hilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen

- Umweltschutzbeihilfen
- Beihilfen für Forschung und Entwicklung und Innovation
- Ausbildungsbeihilfen
- Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit Behinderungen
- Beihilfen zur Bewältigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen
- Sozialbeihilfen für die Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete
- Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen
- Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes
- Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen
- Beihilfen für lokale Infrastrukturen

In der AGVO werden sowohl allgemeine Anforderungen, die für alle Bereiche und Aktivitäten gelten, als auch besondere Anforderungen normiert, die für den speziellen Bereich gelten. Von der Förderung im Rahmen der AGVO ausgeschlossen sind



Unternehmen mit einer noch offenen Rückforderungsanordnung aufgrund eines früheren Beschlusses der Kommission zur Feststellung der Unzulässigkeit einer Beihilfe und ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (gem. Art. 1 Nr. 4a AGVO). **Weiterhin sind Unternehmen, die sich in Schwierigkeiten befinden** (gem. Art. 2 Nr. 18 der AGVO), **von der Förderung nach der AGVO ausgeschlossen.**

Weiterhin darf die Beihilfe nicht unter der Bedingung stehen, dass der Beihilfeempfänger seinen Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat hat oder überwiegend in diesem Mitgliedstaat niedergelassen ist. Es kann jedoch verlangt werden, dass der Beihilfeempfänger zum Zeitpunkt der Auszahlung der Beihilfe eine Betriebsstätte oder Niederlassung in dem die Beihilfe gewährenden Mitgliedstaat hat.

Die Gewährung der Beihilfe darf weiterhin nicht davon abhängig sein, dass der Beihilfeempfänger einheimische Waren verwendet oder einheimische Dienstleistungen in Anspruch nimmt. Schließlich dürfen mit den Beihilfemaßnahmen nicht die Möglichkeiten eingeschränkt werden, dass die Beihilfeempfänger die Ergebnisse von Forschung, Entwicklung und Innovation in anderen Mit-

gliedstaaten nutzen.

Weiterhin muss sich bei den Beihilfen im Voraus das sogenannte **Bruttosubventionsäquivalent** berechnen lassen, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Das heißt, dass nur bestimmte Formen an Beihilfen per AGVO freigestellt werden können. So sind **Zinszuschüsse und Zuschüsse, Garantien, Kredite sowie Steuervergünstigungen** zulässig. Als Bruttosubventionsäquivalent bezeichnet man den Nennwert der gewährten Beihilfe, ausgedrückt als Prozentsatz der gesamten beihilfefähigen Projektkosten. Im Sinne der Transparenz sind **alle Beihilfen** über 500.000 EUR auf dem Transparency Award Modul (TAM) der EU-Kommission **zu veröffentlichen**. Das BMWi hat auf der entsprechenden Seite des Referates für Beihilfekontrollpolitik einen Überblick zur richtigen Eingabe der Informationen in das TAM-System veröffentlicht.

Wichtig für die Gewährung von Beihilfen nach der AGVO ist auf Seite der vergebenden Stelle eine ausreichende **Dokumentation des Verfahrens**. Beihilfen nach der AGVO können nur vergeben werden, wenn sie einen sogenannten Anreizeffekt haben. Dieser ist nötig, um reine Mitnahmeeffekte auszuschließen. Die AGVO bietet verschiedene Kriterien von un-

terschiedlicher Komplexität für die Prüfung des Anreizeffekts. Bei kleinen und mittleren Unternehmen besteht ein Anreizeffekt, wenn die Beantragung der Beihilfe (einschließlich bestimmter Informationen) vor dem Projektbeginn erfolgte. Für **Ad-hoc-Beihilfen** für große Unternehmen gilt darüber hinaus, dass der Mitgliedstaat zusätzliche Unterlagen anfordern muss, um sich vom Anreizeffekt zu vergewissern.

Die AGVO legt für die einzelnen Bereiche die Beihilfehöchstintensitäten, also den Beihilfebetrag, der im Verhältnis zu den förderfähigen Kosten maximal gewährt werden kann, fest.

Eine Gewährung von mehreren Beihilfen für dieselben förderfähigen Kosten ist grundsätzlich nicht gestattet, um eine Überkompensation zu vermeiden. Eine Kumulierung von Beihilfen ist ausnahmsweise zulässig, wenn die anderen staatlichen Beihilfen Maßnahmen unterschiedlicher bestimmbarer beihilfefähiger Kosten betreffen. Weiterhin ist die Kumulierung mit anderen Beihilfen für sich teilweise oder vollständig überschneidenden beihilfefähigen Kosten zulässig, wenn durch diese Kumulierung die höchste nach dieser Verordnung für diese Beihilfen geltende Beihilfeintensität nicht überschritten wird.



### 3 BEIHILFERECHT IN DER KOMMUNALEN PRAXIS

**F**ür die kommunale Seite ergibt sich damit eine Vielzahl an relevanten Fällen, in denen sich die Stadt oder Gemeinde die Frage stellen muss, ob es sich bei der Finanzierung eines Unternehmens um eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV handelt. Dabei sollten sich insbesondere die Verantwortlichen in der Kämmerei, dem Teilnehmungsmanagement und den kommunalen Unternehmen bei bestimmten wiederkehrenden Sachverhalten stets die Frage stellen, ob eine Beihilfe vorliegt.

#### TOURISMUS

In den vergangenen Jahren wurde vermehrt darüber diskutiert, inwieweit Aktivitäten der Kommunen zur Finanzierung des Tourismus Beihilfen darstellen können. Dabei gilt es auch, Rechtssicherheit für die Betroffenen – sowohl auf kom-

munaler Ebene, als auch in den Tourismusorganisationen – zu schaffen.

Entsprechend eines Hinweises der Kommission sind etliche Aktivitäten im Bereich des Tourismus (einschließlich des allgemeinen Destinationsmarketings) bereits nicht wirtschaftlich und daher nicht beihilferrelevant, wie beispielsweise auch der **Bau und die Unterhaltung von Wanderwegen**. In vielen anderen Fällen könne zudem – dies stellt eine deutliche Abkehr von früheren Aussagen dar – auch im Bereich Tourismus davon ausgegangen werden, dass diese nicht geeignet sind, den Handel zu beeinträchtigen, wenn die Grundsätze eingehalten werden, die die EU-Kommission in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff aufgestellt hat. Dem jeweiligen Fördergeber stehen daher nun – neben zum

Beispiel der De-Minimis-Verordnung oder dem Mittel der Trennungsrechnung – weitere Instrumente zur Verfügung, um zu hinreichend rechtssicheren Lösungen im Einzelfall zu gelangen.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Kommission **eine Einordnung der Finanzierung von Maßnahmen der Tourismusförderung als Ausgleichsleistungen für DAWI** nur in engen Grenzen für möglich hält, weshalb die Finanzierung einer Tourismusorganisation insgesamt nicht mit hinreichender Rechtssicherheit auf Grundlage eines Betrauungsakts gemäß DAWI-Beschluss erfolgen kann.

#### WIRTSCHAFTSFÖRDERUNGSGESELLSCHAFTEN

Die Wirtschaftsförderung ist eine wichtige Aufgabe der kom-



Collage: Fotos v. l.: Ingo Bartussek-Fotolia.com/chungking - Fotolia.com/Mbursus - Eigenes Werk, CC BY-SA 4.0 wikimedia.org/MNStudio-Fotolia.com/Gerhard Seybert-Fotolia.com

munalen Praxis. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen einer **direkten und einer indirekten Wirtschaftsförderung**. Die indirekte Wirtschaftsförderung dürfte dabei in der Regel unproblematisch sein. Zur indirekten Wirtschaftsförderung gehören beispielsweise die Schaffung der richtigen Rahmenbedingungen durch **städtebauliche Planung**, die allgemeine **Bereitstellung von Infrastruktur**, die allen Nutzern zugutekommt, oder ein **allgemeiner Beratungsdienst**.

Die Wirtschaftsförderung ist dabei in den Kommunen unterschiedlich organisiert. So findet die Wirtschaftsförderung unter anderem durch Eigenbetriebe, Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR) oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) statt. Mindestens so vielfältig wie die Or-

ganisationsformen sind auch die Aufgaben der Wirtschaftsförderungsgesellschaften. So gehört die Tourismusförderung genauso zum Aufgabenspektrum wie die kommunale Wirtschaftsförderung.

Basierend auf der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff und den neuesten Entscheidungen der EU-Kommission sollte immer geprüft werden, ob die Wirtschaftsförderung im Hinblick auf die Handels- und Wettbewerbsbeeinträchtigung möglicherweise eine **Förderung mit rein lokalem Charakter** ist. Gerade die kommunalen Wirtschaftsförderungsgesellschaften weisen überwiegend einen rein lokalen Bezug auf. Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels könnten daher ausgeschlossen sein.

Die EU-Kommission hat in ih-

rer Entscheidung zu der städtischen Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Kiel-Gaarden“ angenommen, dass die öffentliche Finanzierung allenfalls marginale Auswirkungen auf die Voraussetzungen für grenzüberschreitende Investitionen und die grenzübergreifende Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten hat. Begründet wurde dies damit, dass die Dienstleistungen des Wirtschaftsbüros lediglich auf einem überaus kleinen lokalen Markt in einem Teil der Stadt Kiel, wo 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 werden.

Die Entscheidungspraxis der Kommission bietet eine gute

Grundlage für zukünftige Entscheidungen im Bereich der Wirtschaftsförderung.

## KRANKENHAUS-FINANZIERUNG

Die Finanzierung von Krankenhäusern und der Gesundheitsversorgung war in den letzten Jahren häufiger Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen. Dadurch ist die Finanzierung der Krankenhäuser mehr und mehr in den Fokus der beihilferechtlichen Überprüfung der Kommission gerückt. Die **Finanzierung der Krankenhäuser** besteht in Deutschland aus drei Säulen, wobei die erste und zweite Säule sowohl für private als auch für öffentliche Krankenhäuser gelten.

Die erste Säule der Finanzierung betrifft die **Finanzierung der Betriebs- und Behandlungskosten**, welche nach Fallpauschalen gemäß § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz ersetzt werden. Zum zweiten werden **Investitionskosten** gefördert, wenn das Krankenhaus in den Krankenhausplan und das jeweilige Landesinvestitionsprogramm aufgenommen worden ist.

Für öffentliche Krankenhäuser sind zusätzlich **Verlustrausgleichszahlungen und Kom-**

**munalbürgschaften** besonders relevant. **Dabei ist beihilferechtlich insbesondere die dritte Säule problematisch.** Der Landkreis Calw hatte im Jahr 2012 beschlossen, bis zum Jahr 2016 die **Jahresfehlbeträge der Krankenhausgesellschaft** auszugleichen. Dagegen klagte der Bundesverband deutscher Privatkliniken. Der BGH hat in seiner Entscheidung zu den Kreiskrankenhäusern Calw zunächst festgestellt, dass der Betrieb eines Krankenhauses grundsätzlich eine betraugungsfähige Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 106 II AEUV darstellen kann. Im Urteil heißt es dazu, dass die Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes grundsätzliche Pflicht der öffentlichen Hand ist. Voraussetzung für die Betriebspflicht eines Krankenhauses kann unter anderem die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan sein. Somit ist ein Verlustrausgleich jedenfalls dann möglich, wenn das Krankenhaus ordnungsgemäß gemäß des DAWI-Freistellungsbeschlusses betraut worden ist.

Der BGH wies die Klage teilweise zurück an das Oberlandesgericht, welches feststellte, dass **Standardgesundheitsleistungen** von Kreiskliniken spezifische Merkmale aufwei-

sen, die sich von anderen im grenzüberschreitenden Wettbewerb stehenden gesundheitlichen und medizinischen Dienstleistungen unterscheiden. **Ein grenzüberschreitender Wettbewerb im Bereich dieser Standardgesundheitsleistungen sei unwahrscheinlich, da die Behandlung im heimischen Mitgliedsstaat für Patienten verwaltungstechnisch einfacher sei.** Auch hinsichtlich des Angebotes der Kliniken könne von einer grenzüberschreitenden Nachfrage nicht ausgegangen werden, da es sich nicht um hochspezialisierte Krankenhäuser mit überregionaler Bekanntheit handele. Die Einzugsstatistik der Krankenhäuser belege darüber hinaus, dass die Krankenhäuser vornehmlich lokale Patienten anziehen. Auch aus dem Auftritt der Krankenhäuser im Internet lässt sich nicht schließen, dass sie sich auf die Behandlung von ausländischen Patienten ausrichten. Es werde zum Beispiel nicht mit besonderen Fremdsprachenkenntnissen des Personals geworben, was angesichts der Anziehungskraft für ausländische Patienten ein unterschiedenes Kriterium wäre.

Die Entscheidung des BGH und des Oberlandesgerichts zeigen, dass es mehrere Möglichkeiten für die kommunale Ebene gibt,



um rechtssicher für einen Verlustausgleich bei Krankenhäusern zu sorgen. Insbesondere durch die Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfebegriff wird es der kommunalen Seite erleichtert, die Finanzierung der Gesundheitsversorgung zu erleichtern.

### KULTUR/SPORT

Für die Bereiche Kultur und Sport bestehen neben der Möglichkeit der Freistellung über die AGVO nunmehr aufgrund der Aussagen der EU-Kommission auch die Möglichkeiten zur tatbestandlichen Befreiung der Förderung.

Investitionen in **kulturelle Infrastrukturen** haben dabei im kommunalen Bereich eine erhebliche Bedeutung, seien es **Museen aller Art, Theater-, Opernhäuser, verschiedenste Gedenkstätten oder der Erhalt von Kulturdenkmälern** unterschiedlichster Gestalt. Hierzu besteht seit längerem eine umfangreiche Entscheidungspraxis der EU-Kommission. Im Mittelpunkt stand dabei neben der oft vorhandenen rein lokalen Bedeutung vor allem die fehlende wirtschaftliche Nutzung der regelmäßig defizitären Einrichtung. Die AGVO sah zunächst für Vorhaben nach Art. 53 lediglich Freistellungsmög-

lichkeiten unterhalb des (Investitions-)Schwellenwertes von 100 Mio. EUR pro Projekt vor, was zu einer Vielzahl von Anzeigen aus den Mitgliedstaaten führte. Zwischenzeitlich hat die Kommission klargestellt, **dass im kulturellen Bereich nur solche Einrichtungen beihilferelevant sind, die – kumulativ – überwiegend nicht-öffentlich finanziert werden und für die intensiv außerhalb ihres regionalen Einzugsgebiets in dem betreffenden Mitgliedstaat geworben wird.** Unter überwiegend ist dabei zu verstehen, dass die Finanzierung zu mehr 50 Prozent aus Beiträgen oder privatem Sponsoring finanziert wird. Umgekehrt heißt es, dass bei einer Finanzierung zu 50,1 Prozent aus staatlichen Mitteln regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass es sich nicht um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

Damit dürfte die Masse kommunaler Vorhaben nicht mehr tatbestandlich nach Art. 107 I AEUV sein, sofern nicht der EuGH hier eine strengere Auslegung judizieren sollte. Für die übrigen wurden mit der Ergänzung der AGVO 2017 die Anmeldeschwellen sowohl für Investitionen wie für Betriebsbeihilfen um jeweils 50 Prozent erhöht, sodass Einzel-Notifizierungen zukünftig eine große Ausnahme sein werden.

Im **Bereich des Sports** besteht seit längerem Rechtssicherheit. Nur die professionelle Ausübung führt zur Anwendung des EU-Beihilfenrechts. Der gesamte **Bereich des Schul- und Amateursports** kann deshalb ohne EU-beihilfenrechtliche Einschränkungen öffentlich gefördert werden.

**Etwas anderes gilt bei Sport- und (multifunktionalen) Freizeitinfrastrukturen.** Diese können zwar auch „lokalen“ Charakter haben und damit außerhalb des Art. 107 I AEUV bleiben. Anders ist die Beurteilung aber bei großen Fußballstadien international spielender Vereine oder ähnlichen **Großprojekten oder großen, kommerziell genutzten „Arenen“.** Hier sind regelmäßig sowohl eine wirtschaftliche Tätigkeit wie auch ein über das Lokale hinausreichender Einzugsbereich anzunehmen. Waren bisher für solche Vorhaben Einzel-Notifizierungen erforderlich, sieht nunmehr Art. 55 AGVO eine Freistellungsoption vor. Dazu sind allerdings zahlreiche, dort aufgeführte Bedingungen zu erfüllen, die insbesondere der vielfältigen Nutzung, auch durch Amateure, und der Transparenz der Zuwendungen sowie den Nutzungsbedingungen dienen. **Die Schwellenwerte für Investitionsbeihilfen wurden**

**2017 verdoppelt:** 30 Mio. EUR Beihilfenhöhe oder 100 Mio. EUR Gesamtkosten des Projektes dürfen nicht überschritten werden.

## FÖRDERUNG VON INFRASTRUKTUR

Auch die Finanzierung der öffentlichen Infrastruktur kann nach Ansicht der Kommission und der Gerichte beihilferelevant sein. Dabei wird grundsätzlich zwischen Beihilfen zugunsten der Eigentümer, der Betreiber oder der Endnutzer der geförderten Infrastruktur unterschieden.

Eine Kernfrage ist dabei, ob die geförderte Infrastruktur wirtschaftlich genutzt wird. Bei **gemischt-wirtschaftlicher Nutzung** ist eine getrennte Buchführung notwendig, um eine Quersubventionierung zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit auszuschließen. Dabei ist zu beachten, dass wirtschaftliche Tätigkeiten grundsätzlich unschädlich sind, wenn sie nicht mehr als 20 Prozent der Gesamttätigkeit ausmachen. In der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff von 2016 hat die Kommission klargestellt, dass in den Bereichen **Verkehrsinfrastruktur (Straße, Eisenbahn und Wasserstraßen) sowie Wasserversorgungs-**

**und Abwassernetze** der Ausschluss einer Beihilfe möglich ist, weil sie in der Regel nicht im Wettbewerb zu anderen Infrastrukturen stehen.

Für Infrastrukturen im Bereich **Breitband, Häfen, Flughäfen oder Energie** gilt, dass bei einer öffentlichen Finanzierung stets geprüft werden muss, ob eine Beihilfe vorliegt, da die Infrastruktur hier im Wettbewerb zu anderen Infrastrukturen stehen kann.

Beim **Bau von Infrastrukturen mit öffentlichen Mitteln** sind folgende Fragen zu beantworten, um zu klären, ob eine Beihilfe vorliegt: Ist die Infrastruktur einem Wettbewerb ausgesetzt? Gibt es in dem Mitgliedsstaat und in dem Wirtschaftszweig mehr als nur zu vernachlässigende private Mittel? Ist die Infrastruktur so ausgestaltet, dass sie die Gesellschaft im Allgemeinen und nicht spezielle Wirtschaftszweige oder Unternehmen begünstigt?

Nach diesen Grundsätzen dürfte der **Bau von Infrastruktur im Bereich Breitband und Energie in Deutschland jedenfalls beihilferelevant** sein.

Auch wenn die Infrastruktur mithilfe staatlicher Beihilfen gebaut worden ist, bedeutet

dies nicht automatisch, dass der Bau eine Beihilfe für Betreiber und Nutzer der Infrastruktur ist. Hier kommt es darauf an, dass der Betreiber einen angemessenen Beitrag für die Nutzung der Infrastruktur zahlt und in einem offenen, diskriminierungsfreien Verfahren gefunden worden ist.

## 4 FAZIT



**D**ie vorgenannten – nicht abschließenden – Ausführungen machen deutlich, dass das Beihilferecht für die kommunale Seite in vielerlei Hinsicht relevant ist. Auch wenn die Europäische Kommission in den vergangenen Jahren den Fokus mehr auf die großen und EU-weiten Fälle konzentrieren hat, heißt dies nicht, dass auf kommunaler Seite keine Beachtung der Vorschriften mehr erforderlich ist.

Problematisch ist dabei, dass das Beihilferecht neben verschiedenen Legislativakten und Hinweisen der EU-Kommission auch aus einer vielfäl-

tigen Rechtsprechung (national und europäisch) besteht, die für die kommunale Praxis nur schwer zu überblicken ist. Die Bemühungen der Kommission, mehr Klarheit und Übersicht für die Rechtsanwender zu schaffen, sind dabei in den letzten Jahren vermehrt zu beobachten und positiv zu beurteilen. Die Kommunen sind allerdings oftmals dazu gezwungen, externen Sachverstand im Beihilferecht hinzuzuziehen, um eine rechtssichere Einhaltung der Vorschriften zu gewährleisten.

Um auch in Zukunft rechtssicher agieren zu können, sollten beihilferelevante Sachverhal-

te in der Kommune zunächst identifiziert und dann im Rahmen des geltenden Regelungsrahmens bearbeitet werden. In der überwiegenden Anzahl der Fälle dürfte es ausreichend sein, einen Betrauungsakt zu beschließen, der die Beihilfe rechtfertigt.

Die Beachtung des Beihilferechts ist aus kommunaler Sicht unbedingt erforderlich, um sich nicht möglicher zusätzlicher finanzieller Inanspruchnahme durch Rückforderungs-, Schadensersatzansprüche und Prozess- sowie weiterer Haftungsrisiken auszusetzen.

# 5 WEITERFÜHRENDE HINWEISE

## 1. BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Europa/beihilfenkontrollpolitik.html>

- BMWi Leitfaden Beihilfe (Stand Januar 2016)
- Leitfaden Beihilfe bei Finanzinstrumenten der europäischen Struktur- und Investitionsfonds
- Selbsttest Beihilfe (Stand November 2015)
- Mitteilung zum Beihilfebegriff (Juli 2016)
- DAWI Leitfaden der europäischen Kommission
- Musterbetrauungsakt

## 2. BUNDESMINISTERIUM FÜR ERNÄHRUNG UND LANDWIRTSCHAFT

<https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Landwirtschaft/Foerderung/HandbuchSANI2.html?nn=403312>

- Benutzerhandbuch für SANI 2 (State Aid Notification Interactive 2)

## 3. LAND HESSEN, HESSISCHER STÄDTETAG, HESSISCHER LANDKREISTAG, HESSISCHER STÄDTE- UND GEMEINDEBUND, KPMG

<https://www.hessen.de/presse/infomaterial/5/handbuch-europaeisches-beihilferecht>

- Handbuch Europäisches Beihilferecht (Stand April 2015)



## AUTOREN



Timm Fuchs  
*Beigeordneter*  
*Deutscher Städte- und Gemeindebund*

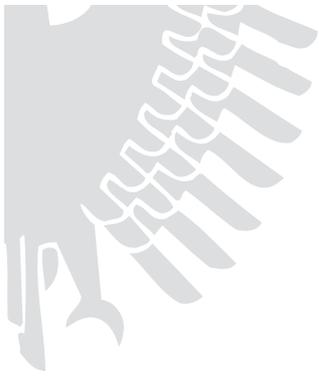


Marc Elxnat  
*Referatsleiter*  
*Deutscher Städte- und Gemeindebund*

## IMPRESSUM

HERAUSGEBER  
DSTGB Dienstleistungs-GmbH  
Marienstraße 6  
12207 Berlin  
Tel.: 030/773 07-0  
E-Mail: [dstgb@dstgb.de](mailto:dstgb@dstgb.de)  
Internet: [www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)

Foto Titelbild: © artjazz-Fotolia.com



**DStGB**  
Deutscher Städte-  
und Gemeindebund

Marienstraße 6  
12207 Berlin-Lichterfelde  
Tel.: 030 / 77307-0  
Fax: 030 / 77307-222  
E-Mail: [dstgb@dstgb.de](mailto:dstgb@dstgb.de)  
Internet: [www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)