

Wir möchten Ihnen den unter Anlage 1 dargestellten Entwurf des Betrauungsaktes der Stadt Neumünster (im Folgenden „Stadt“) betreffend das „Gesamtunternehmen FEK“ wie folgt näher erläutern:

**Vorbemerkung:**

Die FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH, die FEK-Tex Krankenhaus-Service-Gesellschaft mbH, die MVZ FEK Neumünster GmbH, die MVZ Dr. Lehmann GbR, die FEK-MED Krankenhaus-Service-Gesellschaft mbH, die Psychiatrische Tagesklinik Neumünster GmbH, die Pflege- und Servicezentrum Neumünster GmbH und die FEK Bad Bramstedt gGmbH (letztere nur in Entwurf 1a benannt) sind aufgrund der unter ihnen bestehenden organisatorischen, wirtschaftlichen und finanziellen Verflechtungen (insbesondere über Beteiligungsverhältnisse, Personenidentität in Führungspositionen und den Einsatz von Ärztinnen und Ärzten sowie anderem medizinischem Personal) sowie der einheitlichen Zielsetzung, eine ausreichende medizinische Versorgung in der Stadt zu gewährleisten, als einheitliches Unternehmen im Sinne des EU-Beihilfenrechts zu betrachten (im Folgenden: „Gesamtunternehmen FEK“). Zudem sollen die sich derzeit nicht in der Hand der FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH befindlichen Anteile an der MVZ Dr. Lehmann GbR und an der Psychiatrische Tagesklinik Neumünster GmbH zukünftig von der FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH erworben werden, sodass diese beiden Gesellschaften zu 100 %-Tochterunternehmen der FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH werden. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen des EU-Beihilfenverbots ist mithin jeweils auf das „Gesamtunternehmen FEK“ abzustellen.

Das „Gesamtunternehmen FEK“ fällt nach unserer rechtlichen Prüfung grundsätzlich in den Anwendungsbereich des am 31. Januar 2012 in Kraft getretenen Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2011 (2012/21/EU, ABI. EU Nr. L 7/3 vom 11. Januar 2012) als dem wichtigsten Bestandteil des so genannten „Almunia-Pakets“ (s. Art. 2 Abs. 1 Buchst. b) des Freistellungsbeschlusses).

Der Freistellungsbeschluss bestimmt, unter welchen Voraussetzungen staatliche (kommunale) Beihilfen – hier als „Ausgleichsleistungen“ bezeichnet – als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden und demzufolge von der in Art. 108 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankerten Anmeldungspflicht bei der EU-Kommission (Notifizierung) freigestellt sind (s. Art. 3 und 5 des Freistellungsbeschlusses).

Das Unionsrecht macht die Freistellung von der Notifizierungspflicht davon abhängig, dass die Erbringung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (im Folgenden

„DAWI“) durch besonderen Verwaltungs- oder sonstigen Rechtsakt einem konkreten Unternehmen, hier dem „Gesamtunternehmen FEK“, übertragen wurde (s. Art. 4 Satz 1 des Freistellungsbeschlusses).

Wir haben uns bei der Erstellung des Entwurfs eines solchen Betrauungsakts an den gemeinsam abgestimmten Musterentwürfen der kommunalen Spitzenverbände, namentlich der Landkreistage Baden-Württemberg und Bayern, orientiert und dabei die spezifischen Anforderungen des Einzelfalls berücksichtigt.

### **Zum Rubrum**

Zur Minimierung umsatzsteuerlicher Risiken haben wir bereits im Rubrum den Bescheidcharakter des Betrauungsaktes besonders betont (daneben etwa durch Aufnahme einer Rechtsbehelfsbelehrung).

### **Zur Präambel**

In der „Präambel“ sind die gemäß Art. 4 lit. b) des Freistellungsbeschlusses erforderlichen Angaben zum betrauten Unternehmen vorangestellt. Hierzu haben wir in den Absätzen 3 bis 10 der Präambel die Gegenstände der einzelnen Gesellschaften des „Gesamtunternehmens FEK“ dargestellt. Mit dieser Einführung ist bereits auf den notwendigen Gemeinwohlbezug der Unternehmensgruppe verwiesen.

In Absatz 11 (Entwurf 1a) bzw. Absatz 10 (Entwurf 1b) haben wir eine (klarstellende) „Öffnungsklausel“ dergestalt aufgenommen, dass bei (unwesentlichen) Änderungen des Tätigkeitsumfangs oder des örtlichen Einzugsbereichs des „Gesamtunternehmens FEK“ – in Entwurf 1a ist hier beispielshalber die Übernahme des Klinikstandorts Bad Bramstedt benannt – die Bestimmungen des Betrauungsaktes entsprechend anzuwenden sind. Damit soll eine erneute Beschlussfassung über den Betrauungsakt durch die Ratsversammlung auf die Fälle wesentlicher Änderungen beschränkt sein (s. § 9 Abs. 2 des Betrauungsaktes). Gleichwohl empfehlen wir, bei Änderungen und Erweiterungen des Tätigkeitsumfangs des Gesamtunternehmens im Zweifel eine neue Betrauung vorzunehmen bzw. einen eigenständigen Betrauungsakt, etwa für neu zum Gesamtunternehmen hinzukommende Gesellschaften/Einrichtungen, zu erlassen.

Art. 4 Satz 2 Buchst. f) des Freistellungsbeschlusses verlangt im Rahmen des Betrauungsakts einen ausdrücklichen Verweis auf den Freistellungsbeschluss. Diese Regelung ist im letzten Satz des Absatzes 12 (Entwurf 1a) bzw. 11 (Entwurf 1b) der Präambel umgesetzt worden.

## Zu § 1

Vor dem Hintergrund zunehmender Beschwerde- und Klageverfahren gegen gewährte Subventionen der öffentlichen Hand im Krankenhausbereich – so etwa zuletzt seitens des Bundesverbandes Deutscher Privatkliniken e.V. (BDPK) gegen den Landkreis Calw (Baden-Württemberg) – haben wir in § 1 wie auch in § 2 Abs. 1 den besonderen Gemeinwohlcharakter der durch das „Gesamtunternehmen FEK“ zu erbringenden Krankenhausdienstleistungen ausführlich begründet.

Unter „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) sind nach Auffassung der EU-Kommission solche Tätigkeiten zu verstehen, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und dazu mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind, denen ein Unternehmen aus eigenem wirtschaftlichem Interesse nicht nachkommen würde. Es muss sich also um Wirtschaftstätigkeiten handeln, die von den Behörden der Mitgliedstaaten als von besonderer Bedeutung für die Bürger eingestuft werden und die ohne öffentliche Intervention nicht (oder unter anderen Bedingungen) erbracht würden. Dabei obliegt es den Mitgliedstaaten, die einzelnen DAWI-Leistungen zu definieren. Ihnen kommt ein weiter Ermessensspielraum zu, der von der EU-Kommission nur auf offensichtliche Fehler hin überprüft werden kann (s. Unterausschuss Kommunale Wirtschaft und Finanzen der Innenministerkonferenz, UAKWuF, Handreichung zur Umsetzung des Monti-Paketes, Stand 23. Juni 2006, zu Ziffer 3.6; Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes NRW, EG-beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, 2008, S. 26 ff.; Erwägungsgrund Nr. 8 des Freistellungsbeschlusses; vgl. insoweit auch Art. 168 Abs. 7 Satz 1 und 2 AEUV).

Bereits aus dem Freistellungsbeschluss 2012/21/EU (s. insbesondere Art. 2 Abs. 1 Buchst. b) sowie Erwägungsgrund Nr. 11) folgt, dass die medizinische Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern jedenfalls im Kern als DAWI-Tätigkeiten zu qualifizieren sind.

Bei der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen handelt es sich um einen unverzichtbaren Teil der Gesundheitsversorgung, die ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt und zu den Pflichtaufgaben der öffentlichen Hand im Rahmen der Daseinsvorsorge gehört (vgl. Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 24. März 2016, Az. I ZR 263/14, „Calw“, Rn. 39 m.w.N.).

DAWI-Tätigkeiten von öffentlichen Krankenhäusern können dabei nur dann angenommen werden, wenn ihnen im Verhältnis zu den anderen Krankenhäusern eine spezifische Gemeinwohlverpflichtung auferlegt wird, die über die alle Krankenhäuser treffende Gemeinwohlaufgabe der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hinausgeht (vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 94 f. und 121 f. - CBI).

Eine solche spezifische Gemeinwohlverpflichtung ist in der Gewährleistung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung durch leistungsfähige Krankenhäuser nach § 3 Abs. 1 des Landeskrankenhausgesetzes Schleswig-Holstein (LKHG) im Fall einer Versorgungslücke zu sehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016, Az. I ZR 263/14, „Calw“, Rn. 43). Mit der Festlegung des Sicherstellungsauftrages für die Länder in § 6 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und für die Landkreise in den Landeskrankenhausgesetzen (vgl. §§ 1, 3 LKHG) hat der Bundes- bzw. Landesgesetzgeber den Auftrag erteilt, die Versorgung der Bürger mit Krankenhausleistungen zu gewährleisten (vgl. Deutscher Landkreistag, Hinweise für die Kreiskrankenhäuser zur Anwendung des Monti-Pakets, Beschluss des Präsidiums vom 24. Oktober 2007).

Aus dem Umstand, dass ein Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen worden ist, ergibt sich, dass der Betrieb eines solchen „Plankrankenhauses“ zur bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung nach § 3 Abs. 1 LKHG notwendig ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016, Az. I ZR 263/14, „Calw“, Rn. 45). Die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan des Landes Schleswig-Holstein ist deshalb ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Der individualisierte Versorgungs-„Auftrag“ der FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH, der Psychiatrische Tagesklinik Neumünster GmbH und der FEK Bad Bramstedt gGmbH im Bereich der Krankenhaus- bzw. Tagesklinikleistungen ist unter Bezugnahme auf den aktuellen Bescheid zur Aufnahme der Krankenhäuser bzw. der Tagesklinik in den Landeskrankenhausplan ausgewiesen (s. § 1 Abs. 2, 9 und 12 des Betrauungsaktes (letztgenannter nur in Entwurf 1a)).

Zudem haben wir in § 1 Abs. 6 des Betrauungsaktes auch die Weiterbildungsermächtigungen der Ärztinnen und Ärzte sowie die Tätigkeiten der Pflegeschule aufgenommen. Die Ausbildung von medizinischem und Pflegepersonal ist aufwendig und regelmäßig nicht kostendeckend. Auch kann das Personal grundsätzlich nicht dazu verpflichtet werden, nach erfolgtem Berufsabschluss in dem jeweiligen Ausbildungs Krankenhaus weiter zu arbeiten. Die Ausbildung von Medizin- und Pflegepersonal ist jedoch zur Sicherstellung des Versorgungsauftrages notwendig und daher als DAWI einzuordnen (vgl. Heinbuch/Käppel/Wittig, KommJur 2014, S. 205 ff.).

Im Hinblick auf die ambulanten Tätigkeiten nach §§ 116b, 118 Abs. 2 und 132d i.V.m. § 37b SGB V, die durch das „Gesamtunternehmen FEK“ erbracht werden, haben wir die entsprechenden Bescheide, Versorgungsverträge und Vereinbarungen aufgeführt, die als Indiz für den Versorgungsbedarf bzw. das Bestehen einer Versorgungslücke in den jeweiligen Bereichen dienen.

Hinsichtlich der Durchführung ambulanter Operationen nach § 115b SGB V durch die FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH und die FEK Bad Bramstedt gGmbH (letztere nur in Entwurf 1a) haben wir das Bestehen einer Versorgungslücke detailliert begründet, da hierfür keine

Versorgungsverträge o.ä. bestehen. Dies gilt in gleicher Weise für den Betrieb des Fachbereichs Nuklearmedizin der MVZ FEK Neumünster GmbH (näher hierzu s. die Erläuterungen zu § 2).

## Zu § 2

### DAWI-Haupttätigkeiten, § 2 Abs. 1 S. 3 (jeweils Nr. 1)

Gemäß Art. 4 Satz 2 Buchst. a) des Freistellungsbeschlusses sind die Dienstleistungen, die das „Gesamtunternehmen FEK“ erbringt, im Einzelnen nach Gegenstand und Dauer auszuweisen, und zwar möglichst systematisch gegliedert. Unverzichtbar ist nach dem Freistellungsbeschluss eine Trennung von durch den Gemeinwohl„auftrag“ erfassten DAWI-Tätigkeiten und den „sonstigen Dienstleistungen“, die das Unternehmen erbringt. Vor diesem Hintergrund haben wir die Tätigkeiten der einzelnen Gesellschaften des „Gesamtunternehmens FEK“ jeweils einzeln dargestellt.

Der Umfang der DAWI-Tätigkeiten, mit denen das „Gesamtunternehmen FEK“ betraut wird, ergibt sich für den stationären Krankenhausbereich im Wesentlichen aus dem krankenhauplanerischen Feststellungsbescheid i.V.m. dem aktuellen Krankenhausplan des Landes Schleswig-Holstein.

Die Gemeinwohlverpflichtung der Tätigkeit von Krankenhäusern, die sich aus dem Sicherstellungsauftrag der Länder und Kommunen gem. § 3 LKHG ableitet, betrifft zunächst grundsätzlich eine ordnungsgemäße und bedarfsgerechte stationäre bzw. teilstationäre Krankenhausversorgung der Bevölkerung. Der Sicherstellungsauftrag für die Krankenhausversorgung gewährleistet, dass bei Bedarf auch medizinisch notwendige, den Kostenrahmen unter Umständen sprengende Leistungen erbracht werden, wie z.B. eine umfassende Notfallversorgung, die Vorhaltung von für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung notwendigen medizinischen Behandlungsbereichen auch dann, wenn diese – etwa infolge geringer Patientenzahlen – nicht kostendeckend betrieben werden können, oder die Vorhaltung von Spezialabteilungen (vgl. Bundesgesundheitsministerium, Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung des neuen Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2011 [ABl. L 7 vom 11. Januar 2012, S. 3] im Gesundheitswesen, insbesondere im Krankenhaussektor und im Bereich der Langzeitpflege, Bearbeitungsstand: 25. Februar 2013, S. 9 („BMG-Auslegungshilfe 2013“)).

Demgegenüber möchten wir Sie ausdrücklich darauf hinweisen, dass die im vorliegenden Entwurf dem DAWI-Bereich zugeschriebene Einordnung von durch das „Gesamtunternehmen FEK“ selbst erbrachten, jeweils als bedarfsnotwendig und erforderlich einzustufenden ambulanten Leistungen in § 2 Abs. 1 S. 2 Buchst. a) Nr. 1 des Betrauungsaktes mit gewissen rechtlichen Unsicherheiten verbunden ist und unter dem Vorbehalt zukünftiger gegenteiliger Entscheidungen der EU-Kommission oder europäischer Gerichte steht.

Wir glauben – in Übereinstimmung mit den kommunalen Spitzenverbänden – gleichwohl, dass einige (wesentliche) Bereiche der ambulanten Krankenhausbehandlung anlehnend an die Kriterien der Einordnung von stationären Leistungen als DAWI mit guten Gründen den medizinisch notwendigen Versorgungsleistungen – zumindest aber den unmittelbar mit diesen Haupttätigkeiten verbundenen Nebenleistungen – und damit dem Bereich der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ zugeordnet werden können. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund der zunehmenden Ambulantisierung von Krankenhausleistungen.

Ohne diese (Nebendienst-)Leistungen kann ein Krankenhaus unserer Ansicht nach nicht seine insbesondere in § 2 Abs. 1 S. 2 Buchst. a) Nr. 1 aufgeführten typischen Versorgungsleistungen zweckmäßig und ausreichend erbringen (vgl. Deutscher Landkreistag, Schreiben vom 12. März 2009 betreffend die Richtschnur zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005 (2005/842/EG)).

Diese Einordnung als DAWI könnte z.B. im Rahmen von ambulanter vor- und nachstationärer Behandlung im Sinne von § 115a SGB V mit ihrer Eigenschaft als Annexleistung zur stationären Versorgung und zum Versorgungsauftrag des „Gesamtunternehmens FEK“ begründet werden. Auch solche Leistungen sind jedenfalls in weiten Teilen nicht kostendeckend und der Markt würde ohne staatliche Subventionierung keine flächendeckende Versorgung mit diesen Krankenhausleistungen anbieten.

Darüber hinaus gehen wir davon aus, dass die ambulante fachärztliche Behandlung nach § 116b SGB V im Bereich des Krankheitsbilds gastrointestinale Tumore und zur Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Fehlbildungen, schwerwiegenden immunologischen Erkrankungen, Multipler Sklerose und Anfallsleiden sowie von Frühgeborenen mit Folgeschäden der Erfüllung des Versorgungsauftrages eines Krankenhauses dient. So werden durch die zuständige Behörde hinsichtlich einer derartigen Zulassung ähnliche Verfahrensschritte durchgeführt wie bei der Krankenhausplanung. Ferner werden insbesondere bei hochspezialisierten Untersuchungen im Bereich onkologischer Erkrankungen zahlreiche Geräte benötigt, die typischerweise nicht bei niedergelassenen Ärzten zur Verfügung stehen. Auch insofern ist davon auszugehen, dass mit einer ambulanten fachärztlichen Behandlung dem Versorgungsauftrag Rechnung getragen wird.

Andere ambulante Leistungen des „Gesamtunternehmens FEK“, wie z.B. ambulante Behandlungen durch Psychiatrische Institutsambulanzen im Sinne von § 118 Abs. 2 SGB V, können aufgrund ihres gesetzlich vorgesehenen Zwecks nach unserer Einschätzung ebenfalls als DAWI eingeordnet werden. So ergibt sich aus dem Wortlaut von § 118 Abs. 2 SGB V, dass Allgemeinkrankenhäuser mit selbständigen, fachärztlich geleiteten psychiatrischen Abteilungen mit regionaler Versorgungsverpflichtung zur psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung von solchen

Gruppen von Kranken ermächtigt sind, die wegen ihrer Art, Schwere oder Dauer ihrer Erkrankung der ambulanten Behandlung durch die Einrichtungen bedürfen.

Die Durchführung ambulanter Operationen nach § 115b SGB V ist nur im Falle des Vorliegens einer Versorgungslücke als DAWI einzustufen. Auf Grundlage der von Ihnen mitgeteilten Informationen gehen wir davon aus, dass eine solche Versorgungslücke hinsichtlich der auf Grundlage des AOP-Kataloges erbrachten Tätigkeiten des „Gesamtunternehmens FEK“ vorliegend gegeben ist. Sollte im Einzelfall jedoch keine Versorgungslücke bestehen, ist die Durchführung ambulanter Operationen als Nicht-DAWI-Leistung zu bewerten. Dies ist regelmäßig zu überprüfen.

Weiterhin sind sowohl die stationäre als auch die ambulante Notfallversorgung durch das „Gesamtunternehmen FEK“ als DAWI einzuordnen. Auch im Freistellungsbeschluss ist zwischen diesen Tätigkeiten nicht differenziert. Vielmehr werden allgemein „Notdienste“ als DAWI eingeordnet (vgl. zu den notärztlichen Leistungen auch § 1 Abs. 2 des Betrauungsaktes).

Nach überwiegender Auffassung kann die Tätigkeit eines MVZ nicht als vom Versorgungsauftrag eines Krankenhauses umfasst angesehen werden. Dementsprechend ordnen die Musterbetrauungsakte der Landkreistage Bayern und Baden-Württemberg den Betrieb von Medizinischen Versorgungszentren im Sinne von § 95 Abs. 1 SGB V explizit nicht als DAWI-Tätigkeit ein. Hiernach nähmen vielmehr die MVZ unmittelbar an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung teil und stünden damit im Wettbewerb zu niedergelassenen Ärzten. Ausnahmen von dieser Einordnung als Nicht-DAWI-Leistung sind im Einzelfall allerdings dort möglich, wo eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit den von einem MVZ angebotenen ambulanten Leistungen durch niedergelassene Vertrags- und Privatärzte nicht gewährleistet ist (wie namentlich außerhalb von Großstädten bei vergleichsweise gering ausgeprägter Versorgungsstruktur) und ein Bedarf an den Leistungen des MVZ nachgewiesen werden kann. Dies ist vorliegend beim Betrieb des Fachbereichs Nuklearmedizin der MVZ FEK Neumünster GmbH der Fall (siehe auch § 1 Abs. 7).

Zudem gehen wir davon aus, dass auch die Erbringung von spezialisierter ambulanter Palliativversorgung gemäß § 132d i.V.m. § 37b SGB V unter den Begriff der DAWI-Tätigkeiten fällt. Als Ergänzung zum Versorgungsangebot von Vertragsärzten, Krankenhäusern und Pflegediensten dient die besonders aufwändige palliativmedizinische wie -pflegerische Behandlung dazu, die Selbstbestimmung schwerstkranker Menschen zu fördern und ihnen ein menschenwürdiges Leben bis zum Tod zu ermöglichen. Die Vorhaltung einer solchen Palliativeinrichtung mit den dort vorhandenen multiprofessionellen besonderen Fachkenntnissen ist auch und gerade deshalb erforderlich, um eine Einweisung ins Krankenhaus zu vermeiden und eine bedarfsgerechte, individuelle und flexible Versorgung sicherzustellen.

**DAWI-Nebendienstleistungen, § 2 Abs. 1 S. 3 (jeweils Nr. 2)**

Nach unserer Einschätzung werden durch das „Gesamtunternehmen FEK“ zahlreiche Tätigkeiten erbracht, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Haupttätigkeiten, welche als DAWI einzuordnen sind, stehen. Ohne diese erforderlichen Nebenleistungen könnten Krankenhäuser ihren Versorgungsauftrag nach unserer Beurteilung nicht wahrnehmen. Dabei handelt es sich zwar nicht in jedem Fall um Tätigkeiten, die unmittelbarer Bestandteil medizinischer Leistungen sind. Jedoch sind die jeweiligen Tätigkeiten zwingend erforderlich, um den Krankenhausbetrieb des „Gesamtunternehmens FEK“ dauerhaft zu gewährleisten. Die benannten Nebendienstleistungen dürfen allerdings nur dann dem DAWI-Bereich zugeordnet werden, wenn sie im Rahmen der Erbringung einer DAWI-Hauptleistung erfolgen. Sofern sie außerhalb der Erbringung von DAWI-Leistungen des „Gesamtunternehmens FEK“ oder gegenüber Dritten erfolgen, sind sie dem Nicht-DAWI-Bereich zuzuordnen.

Zu den DAWI-Nebendienstleistungen gehören zunächst einmal Tätigkeiten, die in direktem Zusammenhang mit der Erbringung des eigentlichen Versorgungsauftrages stehen, wie z.B. Konsile, Laborleistungen oder der Betrieb einer Radiologie sowie von Zentralsterilisationen. Auch erscheint es uns gerechtfertigt, etwa die Aus-, Fort- und Weiterbildung in den für den Betrieb der Krankenhäuser des „Gesamtunternehmens FEK“ notwendigen Berufen den unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundenen Nebendienstleistungen und damit dem DAWI-Bereich zuzuordnen.

Gleiches gilt für weitere im Zusammenhang mit der Erbringung von DAWI-Tätigkeiten durch das „Gesamtunternehmen FEK“ erbrachte Leistungen, etwa für die technischen und sonstigen Dienstleistungen (wie z.B. Verwaltungstätigkeiten, hauswirtschaftliche Dienste oder Reinigungsleistungen), die Vermietung von Räumlichkeiten und die Verköstigung von Patienten, Mitarbeitern und Besuchern, soweit jeweils der Selbstversorgungsgedanke im Vordergrund steht und keine Leistung im Wettbewerb an fremde Dritte erfolgt.

Insgesamt liegt die Einordnung als DAWI- oder Nicht-DAWI-Tätigkeit immer im (überprüfbareren) Ermessen der Mitgliedstaaten und damit vorliegend der Stadt, so dass spätestens im Rahmen der Aufstellung der Wirtschaftspläne der einzelnen Gesellschaften des „Gesamtunternehmens FEK“ eine genaue Zuordnung der einzelnen Tätigkeiten zum DAWI- und Nicht-DAWI-Bereich erfolgen muss.

Schließlich weisen wir nochmals darauf hin, dass es in der jüngeren Vergangenheit vermehrt Beschwerden und Konkurrentenklagen – so etwa seitens des BDPK gegen den Landkreis Calw – im Zusammenhang mit der Gewährung von staatlichen (kommunalen) Beihilfen im Krankenhaussektor gegeben hat und die Einordnung von Dienstleistungen in diesem Bereich als solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter verschärfter Beobachtung sowohl der EU-Kommission

als auch der europäischen und nationalen Gerichte steht. Angesichts zurückliegender Entscheidungen – namentlich des BGH in Sachen „Calw“ (a.a.O.) – ist jedoch eine Tendenz erkennbar, nach der die Einordnung von Krankenhausleistungen als DAWI grundsätzlich zu bejahen ist. Dies bietet eine Form der Rechtssicherheit, weshalb wir an der grundsätzlichen Einschätzung von förderfähigen (insb. stationären und z.T. ambulanten) Krankenhausleistungen des „Gesamtunternehmens FEK“ festhalten. So hat der BGH hinsichtlich der Klage des BDPK die Verlustausgleichszahlungen des Landkreises Calw an seine Kreiskliniken aufgrund der durch diese erbrachten „besonderen Leistungen der staatlichen Daseinsvorsorge“ bei Einhaltung der Vorgaben des Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU – und hier insbesondere der Vorgaben bezüglich der Beschreibung der Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistungen – nicht als Wettbewerbsverstoß zu Lasten der Privatkliniken angesehen. Daher empfiehlt es sich dringend, nicht nur den besonderen Gemeinwohlauftrag der öffentlichen Krankenhäuser, sondern auch die erhöhten Anforderungen des Freistellungsbeschlusses an die Trennungsrechnung und die Überwachung des Überkompensationsverbots im Rahmen des Betrauungsaktes deutlich zu machen und in der Umsetzung zu beachten (s. hierzu §§ 3–5 des Betrauungsaktes). Auch bleibt weiterhin abzuwarten, wie sich die Spruchpraxis im Zusammenhang mit der EU-beihilfenrechtlichen Einordnung von Krankenhausleistungen in der Zukunft entwickelt.

### **Keine DAWI-Tätigkeiten, § 2 Abs. 2**

Die in § 2 Abs. 2 genannten Dienstleistungen des „Gesamtunternehmens FEK“ sind nach unserer Einschätzung regelmäßig nicht den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ zuzuordnen und daher zwingend von den Dienstleistungen nach Abs. 1 abzugrenzen. Für die sonstigen Dienstleistungen darf kein Ausgleich gewährt werden. Würde er trotzdem gewährt, müsste die Ausgleichsleistung bei der EU-Kommission notifiziert werden.

Um Wettbewerbsverzerrungen bei den sonstigen Dienstleistungen zu vermeiden, ist sicherzustellen, dass die hier genannten Tätigkeiten weder direkt noch indirekt Vorteile u.a. durch mögliche Zuschüsse, Defizitausgleiche, Garantien (Bürgschaften), Personalgestellungen oder verbilligte Raum- und Grundstücksüberlassungen seitens der Stadt erlangen.

Vor diesem Hintergrund ist die Leistungserbringung an fremde Dritte außerhalb des Krankenhausbetriebs des „Gesamtunternehmens FEK“ keine solche zur Erfüllung des Versorgungsauftrages. Insofern haben wir sämtliche Tätigkeiten gegenüber fremden Dritten, z.B. die Erstellung von medizinischen Studien und Gutachten, Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen und den Betrieb einer Zentralsterilisation nicht als DAWI eingeordnet.

Weiterhin sind beispielsweise an fremde Dritte (wie etwa spezialisierte Arztpraxen) vermietete Räumlichkeiten grundsätzlich in marktüblicher Weise in Rechnung zu stellen. Auch haben etwa

Leistungen im Rahmen der Speisenerlieferungen, Reinigungsdienstleistungen und Wäschevollversorgung an fremde Dritte in Höhe sachgerechter Kosten auf Vollkostenbasis zu erfolgen.

Wir haben in § 2 Abs. 2 eine „Öffnungsklausel“ dergestalt eingefügt, dass die hier genannten, grundsätzlich nicht dem Bereich der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ zuzuordnenden Tätigkeiten ausnahmsweise doch dem förderfähigen Gemeinwohlbereich des „Gesamtunternehmens FEK“ zugeordnet werden können, falls hierzu eine ausreichende Begründung gegeben wird oder sich die Rechtsauffassung – etwa im Hinblick auf die Tätigkeiten eines MVZ – zukünftig ändern sollte. In der Regel ist jedoch davon auszugehen, dass die in § 2 Abs. 2 des Betrauungsaktes genannten Tätigkeiten nicht dem förderfähigen Bereich der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ zugeordnet werden können.

Den im vorliegenden Betrauungsaktentwurf in §§ 2 Abs. 1 und 2 aufgeführten Leistungen haben wir die von Ihnen ausgefüllte Tätigkeitsliste sowie unsere diesbezüglichen Besprechungen per E-Mail, Videokonferenz und Telefon zugrunde gelegt (Stand: 5. Juni 2024). Wir bitten Sie dennoch, die jeweils aufgeführten Tätigkeitsbereiche nochmals kritisch zu überprüfen.

### **Zu § 3**

Neben der Stadt kann z.B. auch die FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH als ein von der Stadt beherrschtes Unternehmen an ihre Tochtergesellschaften „Ausgleichsleistungen“ – etwa in Form von Zuschüssen, Garantien (Bürgschaften) oder der (marktunüblichen) Überlassung von Räumlichkeiten oder Personal – erbringen. Daher sind im Rahmen des Betrauungsaktes neben der Stadt auch diejenigen Unternehmen als staatliche (kommunale) Beihilfengeber erfasst („von der Stadt beherrschte Unternehmen“), auf deren Leistungen die Stadt entscheidenden Einfluss nehmen kann und die ihr damit zugeordnet werden können.

Klarstellend haben wir in **Abs. 2** des Betrauungsaktentwurfs 1a aufgenommen, dass – in Übereinstimmung mit der Beschlusslage der Ratsversammlung der Stadt – Ausgleichsleistungen an die FEK Bad Bramstedt gGmbH ausschließlich durch die FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH, keinesfalls aber aus dem Haushalt der Stadt gewährt werden dürfen. Für etwaige Tochtergesellschaften der FEK Bramstedt gGmbH gilt dies aufgrund der Regelung in Absatz 11 der Präambel entsprechend.

In **§ 3 Abs. 4** (Entwurf 1a) bzw. **§ 3 Abs. 3** (Entwurf 1b) haben wir – ebenso wie in **§ 2 Abs. 1 S. 3** – darauf verwiesen, dass die Förderung des Gesamtunternehmens FEK durch die Stadt aus gesundheits- und strukturpolitischen Gründen erfolgt. Die Benennung strukturpolitischer Gründe dient hierbei insbesondere der Reduzierung umsatzsteuerlicher Risiken. So sind nach der Rechtsprechung Zahlungen des Zuwendungsgebers, hier der Stadt, als echte Zuschüsse und mithin als nicht

umsatzsteuerbar zu bewerten, wenn sie vorrangig dem leistenden Zahlungsempfänger, hier dem „Gesamtunternehmen FEK“, zu seiner Förderung aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen gewährt werden (vgl. Bundesfinanzhof (BFH) vom 13. November 1997, V R 11/97).

Gemäß Art. 4 Satz 2 Buchst. d) und Art. 5 des Freistellungsbeschlusses ist in dem Betrauungsakt festzulegen, dass die Stadt bzw. ein von ihm beherrschtes Unternehmen Ausgleichsleistungen an die zum „Gesamtunternehmen FEK“ gehörenden Gesellschaften, etwa in Form von Verlustausgleichszahlungen, gewähren kann, wobei ausschließlich der aus der Erbringung der DAWI-Tätigkeiten resultierende Ausgleichsbedarf berücksichtigungsfähig ist. In **Abs. 7** (Entwurf 1a) bzw. **Abs. 6** (Entwurf 1b) wird nochmals explizit geregelt, dass aus dem Betrauungsakt kein Rechtsanspruch des „Gesamtunternehmens FEK“ auf die Ausgleichsleistungen der Stadt folgt. Der Betrauungsakt bietet lediglich den EU-beihilfenrechtlichen Rahmen für die Gewährung städtischer Ausgleichsleistungen, sorgt aber für keinerlei Verpflichtung der Stadt, tatsächlich Ausgleichsleistungen zu gewähren.

Da der Begriff der „Ausgleichsleistungen“ grundsätzlich weit zu fassen ist und alle vom „Staat“ oder aus „staatlichen“ Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile einbezieht, könnte die Stadt bzw. ein von ihr beherrschtes Unternehmen des „Gesamtunternehmens FEK“ darüber hinaus weitere Beihilfen, etwa in Form von Darlehen, Grundstücksüberlassungen oder Forderungsverzichten, gewähren, sofern diese der Finanzierung ihrer DAWI-Tätigkeiten dienen.

Aufgrund der Privilegierung in Art. 2 Abs. 1 Buchst. b) und c) des Freistellungsbeschlusses dürfen die Ausgleichsleistungen für Krankenhausleistungen und die Erbringung von Gesundheitsdiensten die sonst geltende Grenze von durchschnittlich € 15 Mio. pro Jahr überschreiten, sofern sie dem Ausgleichsbedarf für DAWI-Leistungen in diesem Bereich entsprechen. Unseres Erachtens ist diese Privilegierung allerdings eng auszulegen, sodass insbesondere die DAWI-Nebendienstleistungen der Servicegesellschaften FEK-Tex Krankenhaus-Service-Gesellschaft mbH und der FEK-MED Krankenhaus-Service-Gesellschaft mbH nicht hiervon umfasst sind. Bei der Gewährung von Ausgleichsleistungen an diese Gesellschaften ist also die Grenze von durchschnittlich € 15 Mio. € pro Jahr zu beachten.

Die konkrete Höhe des Ausgleichs ergibt sich aus dem vorab aufzustellenden Wirtschaftsplan des „Gesamtunternehmens FEK“, dem auf der anderen Seite der Haushaltsplan der Stadt gegenübersteht. Dabei müssen die Wirtschaftspläne der im „Gesamtunternehmen FEK“ zusammengefassten Gesellschaften, soweit notwendig, die DAWI-Tätigkeiten von den „sonstigen“ Nicht-DAWI-Leistungen abgrenzen. Eine solche, von Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses grundsätzlich geforderte Trennungsrechnung, in der der Ausgleichsbedarf der jeweiligen Tätigkeiten nach § 2 Abs. 1 und die Kosten der Tätigkeiten nach § 2 Abs. 2 des Betrauungsakts gesondert darzustellen

ist, wird in **§ 5** noch einmal ausdrücklich normiert. Danach ist außerdem anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Kosten und Erlöse jeweils erfolgt.

Um im Ausnahmefall nachträglich einen unerwartet hohen Ausgleichsbetrag berücksichtigen zu dürfen, sollte diese Möglichkeit entsprechend Art. 4 Satz 2 Buchst. d) des Freistellungsbeschlusses für den Fall nicht vorhersehbarer Ereignisse im Betrauungsakt Erwähnung finden.

In § 3 Abs. 4 (Entwurf 1a) bzw. Abs. 3 (Entwurf 1b) wird Art. 5 des Freistellungsbeschlusses umgesetzt. Der Ausgleich bzw. die sonstigen Begünstigungen dürfen ausschließlich für das Funktionieren der DAWI-Tätigkeiten des „Gesamtunternehmens FEK“ verwendet werden.

Die „Nettokosten“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses (besser „Ausgleichsbedarf“) sind die Differenz zwischen den sämtlichen „Kosten“, die in Verbindung mit der Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anfallen (einschließlich eines angemessenen Teils der Fixkosten für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und sonstige Tätigkeiten), und den gemäß Art. 5 Abs. 4 des Freistellungsbeschlusses zu berücksichtigenden „Einnahmen“. Sie können aber auch als Differenz zwischen den Nettokosten aus der Erfüllung der jeweiligen Gemeinwohlaufgaben und den Nettokosten oder Gewinnen ohne solche Gemeinwohlaufgaben berechnet werden.

Auf der „Einnahmenseite“ sind gemäß Art. 5 Abs. 4 des Freistellungsbeschlusses die gesamten Einnahmen, die mit den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erzielt werden, zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob die Einnahmen als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu betrachten sind. Werden dem Unternehmen, hier dem „Gesamtunternehmen FEK“ vom „Staat“ (Bund, Land, Kommunen) andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Der betreffende Mitgliedstaat, hier also die Stadt, kann gegebenenfalls entscheiden, dass die (möglichen) „Gewinne“ aus anderen Tätigkeiten, bei denen es sich nicht um die betreffenden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, hier also aus Tätigkeiten nach § 2 Abs. 2 des Betrauungsakts, ganz oder teilweise in die Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fließen müssen. Von einer solchen Zuordnungsentscheidung hat die Stadt vorliegend explizit Gebrauch gemacht.

Unter einem „angemessenen Gewinn“ ist gemäß Art. 5 Abs. 5 des Freistellungsbeschlusses die Kapitalrendite zu verstehen, die ein durchschnittliches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffenden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die gesamte Dauer der Betrauung erbringt. Der Begriff

„Kapitalrendite“ bezeichnet den internen Ertragsatz (Internal Rate of Return), den das Unternehmen, hier das „Gesamtunternehmen FEK“, während des Betrauungszeitraums mit seinem investierten Kapital erzielt.

#### **Zu §§ 4, 5**

Gemäß Art. 6 des Freistellungsbeschlusses ist in den Betrauungsakt aufzunehmen, dass zur Vermeidung von Überkompensationen durch die Ausgleichsleistungen (Begünstigungen) nach Ablauf des Geschäftsjahres ein Nachweis über die Verwendung der Mittel und den aufgelaufenen Ausgleichsbetrag geführt wird. Dies soll vorliegend im Wege des Jahresabschlusses und anderweitiger, durch die Stadt auf eine Überkompensierung der zur Verfügung gestellten Mittel hin zu überprüfender Nachweise entsprechend §§ 3, 5 des Betrauungsakts (ggf. Trennungsrechnung) geschehen.

Die Stadt treffen hierbei besondere – zumindest alle drei Jahre durchzuführende – Überwachungs-pflichten, die wir in §§ 4 Abs. 1 bis 3 sowie in § 5 Abs. 3 des Betrauungsaktentwurfs entsprechend den Vorschriften des Freistellungsbeschlusses konkretisiert haben. Als eine andere „sachkundige Stelle“ im Sinne dieser Vorschriften kommt auch der Fachdienst Rechnungsprüfung und Behördlicher Datenschutz der Stadt in Betracht.

Für den Fall der Überkompensation werden die überhöhten „Ausgleichsleistungen“ durch die Stadt zurückgefordert. Beträgt die Überkompensierung maximal 10 % der durchschnittlichen jährlichen Ausgleichssumme, darf dieser Betrag gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 des Freistellungsbeschlusses auf die nächstfolgende Ausgleichsperiode angerechnet und von dem für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden.

Der durchschnittliche jährliche Ausgleich soll sich vorliegend – entsprechend dem Mindestzeitraum der durchzuführenden Überwachung – aus der Betrachtung eines zusammenhängenden dreijährigen Zeitraums, einschließlich des Jahres, in dem die Überschreitung erfolgt, ergeben (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 3 des Freistellungsbeschlusses).

#### **Zu § 6**

##### **Abs. 1**

Sollten Ausgleichsleistungen (Beihilfen) in einem Wert von mehr als € 15 Mio. pro Jahr an das „Gesamtunternehmen FEK“ für die Erbringung von DAWI-Tätigkeiten im Rahmen der medizinischen Versorgung durch Krankenhäuser bzw. im Hinblick auf Gesundheitsdienste (zulässiger-

weise) geleistet werden, muss die Stadt dies gemäß Art. 7 des Freistellungsbeschlusses im Internet oder in sonstiger geeigneter Weise veröffentlichen. Unterhalb dieser Ausgleichsschwellenwerte besteht keine besondere Veröffentlichungspflicht.

## **Abs. 2**

Zur Erfüllung von Art. 8 des Freistellungsbeschlusses ist die Verpflichtung des „Gesamtunternehmens FEK“ aufzunehmen, sämtliche ausgleichs- und freistellungsrelevanten Unterlagen während des Betrauungszeitraums und mindestens für einen Zeitraum von zehn Jahren ab Ende des Betrauungszeitraums aufzubewahren. Ergeben sich nach weitergehenden Vorschriften längere Aufbewahrungsfristen, so gelten diese.

## **Zu § 7**

### **Abs. 1**

Grundsätzlich ist es empfehlenswert, den Betrauungsakt auf eine Laufzeit von zunächst einem Jahr zu befristen, um in der Zwischenzeit eine steuerliche Vorprüfung durchzuführen und ggf. eine verbindliche Auskunft im Sinne von § 89 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) einholen zu können. Auf diese Weise ließe sich das Risiko einer Umsatzsteuerbelastung von gewährten Beihilfen – insbesondere von Zuschusszahlungen – ausschließen. Die Einholung einer solchen ist von Ihnen jedoch nicht gewünscht.

Wir haben den vorliegenden Entwurf des Betrauungsaktes absprachegemäß auf eine Laufzeit von zunächst maximal drei Jahren befristet. Grundsätzlich wäre gemäß Art. 2 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses eine Befristung auf eine Laufzeit von bis zu zehn Jahren möglich gewesen.

Nach Ablauf der Geltungsdauer kann ein erneuter Beschluss durch die Stadt gefasst werden. Eine Rückwirkung des Betrauungsaktes ist grundsätzlich nicht möglich.

Gleichzeitig haben wir in § 7 Abs. 1 S. 2 des Betrauungsaktentwurfes eine Formulierung aufgenommen, die die Betrauung bei erheblichen Investitionen mit einer längeren Abschreibungsdauer über den grundsätzlichen Zeitraum von drei Jahren hinaus erstreckt, längstens jedoch bis zum Ablauf des Abschreibungszeitraums der betreffenden Investition (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 2 des Freistellungsbeschlusses).

**Abs. 2**

Auch zur Minimierung eines Umsatzsteuerrisikos (s. die Ausführungen unten zum „Anhang“) haben wir in § 7 Abs. 2 des Betrauungsaktentwurfs eine Formulierung eingefügt, wonach die Stadt den Betrauungsakt jederzeit ändern oder widerrufen kann.

**Zu § 8**

Diese Regelung enthält eine Festlegung, welche Stellen in der Verwaltung der Stadt und im „Gesamtunternehmen FEK“ für den fortlaufenden Vollzug des Betrauungsakts zuständig sind.

**Zu § 9**

In § 9 haben wir eine salvatorische Klausel aufgenommen, die in Verträgen üblich ist. Da es sich bei der Betrauung aber gerade nicht um einen Vertrag, sondern um einen (einseitigen) Bescheid handelt, ist die Klausel etwas abweichend formuliert.

**Zu § 10**

Da die Ausgleichsleistungen in jedem Falle haushaltswirksam sind, ist die Betrauung Sache der Stadt. Bei der Betrauung handelt es sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, so dass grundsätzlich die Ratsversammlung das für die Betrauung zuständige Organ ist.

**Zum Anhang**

Wir gehen davon aus, dass dem „Gesamtunternehmen FEK“ der Betrauungsakt (Bescheid) der Stadt ordnungsgemäß bekannt gemacht wird. Um dies im Streitfall besser dokumentieren zu können, empfehlen wir, dass die einzelnen Gesellschaften des „Gesamtunternehmens FEK“ den Empfang des Betrauungsaktes jeweils bestätigen.

Darüber hinaus gehende Anforderungen an die Bindungswirkung des Betrauungsaktes werden vereinzelt aus Beraterkreisen geltend gemacht, indem etwa auf die Notwendigkeit einer den Gremienbeschluss zur Betrauung umsetzenden gesellschaftsrechtlichen Weisung abgestellt wird. Danach hätte die Stadt als für die Daseinsvorsorgeleistung verantwortliche Stelle den Beschluss zum Betrauungsakt zu fassen und das ausführende Organ, hier den Oberbürgermeister, zu beauftragen, eine gesellschaftsrechtliche Weisung zur Umsetzung des Betrauungsaktes in der jeweiligen Gesellschafterversammlung der Beihilfenempfänger, hier der einzelnen Gesellschaften des „Gesamtunternehmens FEK“, herbeizuführen.

Alternativ soll die Stadt bzw. die FEK – Friedrich-Ebert-Krankenhaus Neumünster GmbH als Gesellschafterin der übrigen Gesellschaften des „Gesamtunternehmens FEK“ der Betrauung (im schriftlichen Verfahren) zustimmen. Wir halten dieses zusätzliche Erfordernis einer „internen“ Weisung bzw. Zustimmung des (mittelbaren) Gesellschafters im Hinblick auf die Bindungswirkung des Betrauungsaktes (Bescheid) für nicht notwendig und haben daher auf eine entsprechende Ausgestaltung verzichtet, auch wenn wir in diesen Anforderungen aus EU-beihilfenrechtlicher Sicht keinen Nachteil im Hinblick auf eine noch klarer zum Ausdruck gebrachte (Selbst- bzw. Eigen-)Bindung des Beihilfenempfängers an die (einseitige) Betrauung durch die potentielle Beihilfengeberin (Stadt) erkennen.

Aus umsatzsteuerlicher Sicht hingegen können wir grundsätzlich nicht ausschließen, dass das Erfordernis einer „internen“ Weisung bzw. Zustimmung des (mittelbaren) Gesellschafters zur Umsetzung des Betrauungsaktes nach Auffassung der Finanzverwaltung einen steuerpflichtigen Leistungsaustausch begründet oder diesen Eindruck verstärkt. In diesem Fall würden die auf Grundlage des Betrauungsaktes gewährten Beihilfen (insbesondere in Form von Zuschusszahlungen) in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu den (zusätzlich) durch Weisung der (mittelbaren) Gesellschafterin (Stadt) „auferlegten“ bzw. durch zustimmenden Gesellschafterbeschluss „angenommenen“ Leistungspflichten (des „Gesamtunternehmens FEK“) stehen und damit u.U. als ein umsatzsteuerpflichtiges „Entgelt“ zu beurteilen sein (sofern kein Befreiungstatbestand eingreifen oder eine umsatzsteuerliche Organschaft vorliegen würde).

Das Risiko einer Umsatzsteuerbelastung der gewährten Beihilfen wäre dabei nach unserer Beurteilung zwar dadurch reduziert, dass das Beschlussorgan für den Betrauungsakt (hier die Ratsversammlung) nicht gleichzeitig zuständig wäre für die diesen betreffende (interne) gesellschaftsrechtliche Weisung bzw. Zustimmung (durch den Oberbürgermeister). Vor dem Hintergrund einer ohnehin zweifelhaften und nach unserer Beurteilung nicht notwendigen Bindungswirkung des „internen“ Gesellschafterbeschlusses (Weisung bzw. Zustimmung) halten wir dagegen die Gefahr einer durch diesen herbeigeführten möglichen, im Einzelfall noch näher zu prüfenden Umsatzsteuerbelastung für unverhältnismäßig.

In einer Gesamtabwägung der möglichen (EU-beihilfenrechtlichen) Vorteile und (umsatzsteuerlichen) Nachteile eines den Betrauungsakt der Ratsversammlung der Stadt ergänzenden, durch den Oberbürgermeister herbeigeführten Gesellschafterbeschlusses (Weisung, Zustimmung) stehen wir diesem eher skeptisch gegenüber und können ihn daher aus heutiger Sicht nicht empfehlen.

Wir haben uns bei der Abfassung des vorliegenden Entwurfs eines Betrauungsakts für das „Gesamtunternehmen FEK“ im Übrigen darum bemüht, allzu konkrete Formulierungen, die unter Umständen zu der nicht beabsichtigten Begründung eines nach dem Umsatzsteuerrecht „steuerbaren Leistungsaustauschs“ führen könnten, zu vermeiden (s. etwa auch die **Präambel und den Anhang**

**sowie §§ 3 Abs. 3, 4 und 7** (Entwurf 1a) bzw. **Abs. 2, 3 und 6** (Entwurf 1b), **§ 7 Abs. 2 des Betrauungsakts** sowie die Erläuterungen zu § 3 Abs. 4 (Entwurf 1a) bzw. § 3 Abs. 3 (Entwurf 1b)). Dennoch können wir nicht gänzlich ausschließen, dass die Finanzverwaltung zu irgendeinem Zeitpunkt die nach dem Europäischen Beihilfenrecht notwendige, durch den Betrauungsakt begründete Übertragung der Gemeinwohlaufgaben und die damit verbundenen „Ausgleichsleistungen“ (Begünstigungen) des Kreises an das „Gesamtunternehmen FEK“ als einen steuerpflichtigen Vorgang wertet. Dieses Restrisiko ließe sich letztlich nur durch die vorherige Einholung einer verbindlichen Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO ausschließen.

Die Zulässigkeit einer verbindlichen Auskunft wäre gleichwohl für die Dauer der Geltung des Betrauungsaktes sehr wahrscheinlich ausgeschlossen, da insoweit ein verwirklichter Sachverhalt vorläge, für den das zuständige Finanzamt keine verbindliche Auskunft mehr erteilen würde. Da eine steuerliche Vorprüfung bzw. die Einholung einer verbindlichen Auskunft aus Zeitgründen nicht mehr in Betracht kommt, haben wir von einer Befristung des Betrauungsakts auf ein Jahr abgesehen und den Betrauungsakt auf eine Dauer von drei Jahren befristet.

Unabhängig davon raten wir Ihnen zwecks Minimierung eines Umsatzsteuerrisikos an, bei der künftigen Abfassung des nach EU-Recht für die Freistellung von der Notifizierungspflicht einer Beihilfe zwingend zu erlassenden Betrauungsakts auf Formulierungen und Ausgestaltungen zu verzichten, die in irgendeiner Weise – etwa durch den Hinweis auf einen „Vertrag“, eine „Vereinbarung“, eine „Beauftragung“ oder ein Tätigwerden „anstelle der Stadt“ sowie durch das u.U. wechselseitige Unterzeichnen des „Öffentlichen Auftrags“ – auf ein Leistungsaustauschverhältnis schließen lassen könnten.

### **Schlussbemerkung**

Abschließend ist festzuhalten, dass mit dem vorliegenden Betrauungsakt die Gewährung von Ausgleichsleistungen (Begünstigungen) durch die Stadt bzw. ein von ihr beherrschtes Unternehmen für den DAWI-Tätigkeitsbereich des „Gesamtunternehmens FEK“ in Zukunft den Anforderungen des EU-Freistellungsbeschlusses genügen dürfte und demgemäß entsprechend Art. 3 des Freistellungsbeschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt ist.

Wir machen dabei jedoch auf die Notwendigkeit aufmerksam, die Bestimmungen des Betrauungsakts, insbesondere in Bezug auf die jährlich zu aktualisierenden Wirtschaftspläne der im „Gesamtunternehmen FEK“ zusammengefassten Gesellschaften (Trennungsrechnung) und die Überwachung des Überkompensationsverbots, zu beachten und ggf. Anpassungen (auch in der Buchführung) vorzunehmen.

---

Bitte beachten Sie, dass in § 11 Abs. 1 sowie am Ende des Betrauungsaktes noch jeweils das fehlende Datum einzufügen ist.

ENTWURF