

Schleswig-Holstein  
Der echte Norden



Schleswig-Holstein  
Ministerium für Inneres und  
Bundesangelegenheiten

Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten  
Postfach 71 25 | 24171 Kiel

Stadt Neumünster  
Beteiligungsmanagement  
Herrn Neumann  
Postfach 2640  
24516 Neumünster

Fachdienst Haushalt und Finanzen					
11. Dez. 2015					
FDL	VwG	Bügl.	20.1	20.2	20.3

Ihr Zeichen:  
Ihre Nachricht vom: /  
Mein Zeichen: IV 325-089.4.49/  
Meine Nachricht vom: /

Kerstin Wegner  
Kerstin.Wegner@im.landsh.de  
Telefon: 0431 988-3122  
Telefax: 0431 988 3140

. Dezember 2015

## Betrauungsakt für die Wirtschaftsagentur Neumünster GmbH

Sehr geehrter Herr Neumann,

mit Schreiben vom 18.11.2015 wurde Ihnen im Rahmen Ihrer Anzeige nach § 108 GO mitgeteilt, dass u. a. für die Regelung des Verlustausgleichs ein Betrauungsakt erforderlich ist.

Nachfolgend möchte ich Ihnen den Hintergrund dieser Auflage näher erläutern:

Nach dem mir vorliegenden Entwurf des Gesellschaftsvertrages § 2 ist Aufgabe der Wirtschaftsagentur Neumünster GmbH die Förderung und Verbesserung der wirtschaftlichen, sozialen, ökologischen, qualifikatorischen und räumlichen Struktur der Stadt Neumünster unter besonderer Berücksichtigung der Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen. Für die Erfüllung dieser Aufgaben ist in § 5 des Gesellschaftsvertrages ein Verlustausgleich von bis zu 700.000 € pro Jahr vorgesehen, wobei, im Falle eines niedriger ausfallenden Verlust die über den ausgewiesenen Verlust gezahlten Finanzmittel zurück zu erstatten sind. Aufgrund dieser Regelung handelt es sich offensichtlich um die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, welche aufgrund hoher Fixkosten und/oder sozialpolitischer Vorgaben nicht kostendeckend zu erbringen sind und daher nur unter Aufwendung staatlicher Zuschüsse erfüllt werden können.

Leistungen der Daseinsvorsorge – beihilfenrechtlich sogenannte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) – werden im Beihilfenrecht in der Regel als wirtschaftliche Tätigkeiten klassifiziert, welche grundsätzlich den EU-beihilfenrechtlichen Wettbewerbsregeln und damit dem Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht unterliegen (siehe Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, sog. DAWI-Mitteilung (ABl. C 4 vom 11.01.2012, S. 4 ff).

Das Beihilfenrecht bezeichnet dabei jede Tätigkeit als wirtschaftlich, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten. Dass die betreffende Tätigkeit als sozial eingestuft werden kann und/oder ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, steht einer Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegen.

Vor diesem Hintergrund sind z. B. die Arbeitsvermittlungstätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Arbeitsagenturen, Rettungs- und Patiententransporte, der Betrieb von Verkehrsinfrastruktureinrichtungen, in einem Krankenhaus erbrachte medizinische Leistungen und Regelungen für die Gewährung von Mietzuschüssen von der EU als wirtschaftliche Tätigkeiten eingestuft worden. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten erkennt die EU-Kommission nur dann an, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, welche mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse verbunden (wie z. B. die Tätigkeiten der Armee oder Polizei, Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle, Seeverkehrskontrolle und –sicherheit, Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung und die Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen) sind (siehe auch Ziffer 2.1.2 der o. g. DAWI-Mitteilung). Vor diesem Hintergrund ist die Tätigkeit der Wirtschaftsagentur Neumünster GmbH in jedem Fall unter Beihilfegesichtspunkten als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen und unterliegt somit dem EU-Beihilfenrecht.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) können beihilfenrechtskonform durch staatliche Ausgleichszahlungen entsprechend dem Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Kommission auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (sog. Freistellungsbeschluss, ABl. L 7 vom 31.01.2012, S. 3 ff) finanziert werden. Voraussetzung hierfür

ist jedoch, dass es sich bei der zu subventionierenden Aufgabe um eine DAWI handelt, mit der das jeweilige Unternehmen zuvor ordnungsgemäß **betraut** worden ist. Der Begriff der Betrauung ist nicht näher definiert, könnte jedoch mit dem Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags umschrieben werden. Sinn und Zweck des Betrauungsaktes ist es, die jeweiligen Verpflichtungen des Unternehmens, welches mit der Aufgabe beauftragt ist und des Staates rechtlich bindend festzuschreiben. Ein Betrauungsakt ist somit immer dann erforderlich, wenn DAWI-Aufgaben übertragen werden, welche mit staatlichen Mitteln bezuschusst werden sollen.

Entsprechend Artikel 4 des Freistellungsbeschluss muss der Betrauungsakt mindestens folgende Regelungen enthalten:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung
- Unternehmen und ggf. betreffendes Gebiet
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen
- Ausgleichsmaßnahmen und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen
- Verweis auf Beschluss der Kommission vom 20.12.2011

Der Betrauungszeitraum darf grundsätzlich zehn Jahre nicht überschreiten.

Der Gesellschaftsvertrag erfüllt diese an einen Betrauungsakt gestellten Anforderungen nicht.

Hinsichtlich der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelung zum Verlustausgleich ist anzumerken, dass ein pauschaler Ausgleich der beim Unternehmen aufgelaufenen Verluste (wie im vorliegenden Fall lediglich begrenzt auf 700.000 €/Jahr) beihilferechtlich unzulässig ist. Die EU-Kommission möchte auch bei der Erfüllung einer defizitären Aufgabe sicherstellen, dass der Verlustausgleich auf das Erforderliche beschränkt bleibt (siehe Artikel 5 Abs. 1 der DAWI-Mitteilung). Daher soll auch im Rahmen des Defizitausgleichs sichergestellt werden, dass die angefallenen Defizite aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten erforderliche und angemessen sind und Aufwendungen und Leistungen nur zu marktgerechten Konditionen erfolgen dürfen.

- 4 -

Für den Fall, dass staatliche Zuschüsse für DAWI-Aufgaben ohne vorherigen Betrauungsakt gezahlt werden, besteht im Falle einer Überprüfung durch die EU-Kommission (z. B. im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens) das Risiko, dass alle bisher (ohne beihilfenrechtliche Grundlage) gewährten finanziellen Mittel zurückgezahlt werden müssen. Dabei spielen Vertrauensschutzgesichtspunkte – im Gegensatz zum deutschen Verwaltungsrecht – kaum eine Rolle. Vertrauensschutz besteht insoweit nur dann, wenn die EU-Kommission die Zahlungen vorab genehmigt. Darüber hinaus stellt die EU-Kommission auch an den Beihilfempfänger sehr hohe Anforderungen an dessen Sorgfaltsmaßstab. So hat dieser im Vorfeld einer Beihilfengewährung selbst zu überprüfen, ob die Beihilfe europarechtskonform ist. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, wird dieses Verhalten als grob fahrlässig angesehen und er genießt keinen Vertrauensschutz. Dies gilt selbst in den Fällen, in denen der Beihilfengewährende für die Rechtswidrigkeit der Zuwendung in einem solchen Maß verantwortlich ist, dass eine Rücknahme der Entscheidung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint.

Im Rahmen einer Betrauung mittels Betrauungsakt besteht auf Seiten der Kommunen vielfach die Befürchtung, dass aufgrund der beihilfenrechtlich geforderten Konkretisierung ein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch begründet wird. Allerdings ist bislang noch kein Fall bekannt geworden, in dem bei einem ordnungsgemäßen beihilfenrechtlichen Betrauungsakt die geleisteten Ausgleichszahlungen als umsatzsteuerbares Leistungsentgelt eingestuft worden wären. Zur Absicherung wird jedoch empfohlen im Vorwege eine verbindliche Auskunft durch die Finanzämter hinsichtlich einer Umsatzsteuerbelastung einzuholen. Nach hiesigen Erkenntnissen sind entsprechende Ausgleichszahlungen bislang von Finanzämtern im Rahmen von verbindlichen Auskünften regelmäßig als nicht-umsatzsteuerbarer echter Zuschuss eingestuft worden.

Für weitere Fragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Kerstin Wegner