

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Postfach 12 03 15 / 10593 Berlin

Geschäftsstelle des IDW
Postfach 32 05 80

40420 Düsseldorf

06.12.2010

Bearbeitet von
DStGB, Timm Fuchs
DST, Barbara Leutner
DLT, Matthias Wohltmann

Telefon 030 / 77307-206
0221 / 3771-278
030 / 590097-322

Telefax 030 / 77307-222

E-Mail:
timm.fuchs@dstgb.de
barbara.leutner@staedtetag.de
matthias.wohltmann@landkreistag.de

Aktenzeichen
906-30

Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Entwurf des IDW-Prüfungsstandards: Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen (IDW EPS 700)

Sehr geehrte Damen und Herren,

vor unserer Stellungnahme zu den einzelnen im Entwurf des Prüfungsstandards enthaltenen Empfehlungen möchten wir einige grundsätzliche Ausführungen zum Gegenstand des Prüfungsstandards und zu der im Prüfungsstandard gewählten Methodik machen:

Kommunen und kommunale Unternehmen, zu deren Prüfung der Standard anleiten will, sehen sich als Anbieter von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – so genannte Daseinsvorsorgeleistungen – mit der Frage konfrontiert, ob die Gewährung bzw. die Inanspruchnahme von staatlichen Leistungen in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts fällt. Kommunen und ihre Unternehmen stehen in diesem Zusammenhang vor dem Dilemma, dass zahlreiche Tätigkeiten, die zum traditionellen Verständnis der öffentlichen Daseinsvorsorge zählen, unter dem Blickwinkel des europäischen Wettbewerbsrechts eine potenziell wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung haben können und deshalb nicht wie bisher erbracht werden sollen.

Damit diese Leistungen dennoch im Interesse der Allgemeinheit erfolgen können, haben die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union durch die in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 AEUV, Art. 4 AEUV und das Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse, das dem AEUV beigelegt ist, ein deutliches Votum für eine Stärkung der nationalen, regionalen und lokalen Behörden als Anbieter/Verantwortliche von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse abgegeben. Die Betonung der richtigen Rolle der Kommunen und ihres weiten Ermessensspielraums ist als Reaktion der Mitgliedsstaaten auf eine europäische Rechtspraxis zu sehen, die mittels des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts zu einer Einschränkung von Gestaltungsspielräumen im Bereich der Organisation, Finanzierung und Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse geführt hat.

Es bleibt abzuwarten, welchen Einfluss der veränderte primärrechtliche Rahmen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum europäischen Beihilferecht haben wird. In Anbetracht dessen stellen wir hinsichtlich des im vorliegenden IDW-Standard generell enthaltenen Prüfungsansatzes fest, dass es weder Ansatz dieses Standards noch der auf seiner Grundlage erfolgenden Prüfung sein kann, jede praktische oder auch nur theoretisch denkbare Vorgehensweise im kommunalen Raum prophylaktisch zu würdigen und einzuengen. Aus kommunaler Sicht sollte die Anwendung des europäischen Beihilferechts in Kommunen und Unternehmen so ausgestaltet werden, dass die zur Erbringung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge notwendige und EU-rechtlich auch gewährte Flexibilität erhalten bleibt und die kommunalen Haushalte nicht weiter belastet werden – sei es durch unnötige Umstrukturierungen und ihrer Kostenfolgen, sei es durch Kosten für die Inanspruchnahme externer Beratung. Dieser Rahmen muss grundsätzlich auch von der Prüfung beachtet und respektiert werden. Er darf nicht durch weitere Standards der nachgelagerten Prüfung faktisch über die EU-rechtlichen Ansprüche hinausgehend verengt und deutlich reduziert werden.

In Anbetracht dessen nehmen wir zu den einzelnen in dem Entwurf enthaltenen Ausführungen wie folgt Stellung:

I. Ziffern 13/14

In den Ziffern ist vorgesehen, dass auch Regiebetriebe einer Gebietskörperschaft mögliche Empfänger einer Beihilfe sind.

Dies kann nicht für Regiebetriebe gelten, die im allgemeinen Verwaltungshaushalt geführt werden und deren Verluste im Rahmen der Gesamtdeckung des Haushalts ausgeglichen werden. Hier fehlt es an der abgrenzbaren Einheit, die für die Erfüllung des funktionalen Unternehmensbegriffs erforderlich ist.

II. Zu Ziffer 22 des Entwurfs

Ziffer 22, Satz 1 sollte wie folgt gefasst werden:

*In Zusammenhang mit der beihilferechtlichen Prüfung von Ausgleichsleistungen ist von besonderer Bedeutung, dass es für die Zulässigkeit von Ausgleichsleistungen stets einer Gemeinwohlverpflichtung bedarf, deren **tatsächliche oder berücksichtigungsfähige** Kosten ausgeglichen, jedoch nicht überkompensiert werden dürfen.*

Mit dem bislang in dem Satz enthaltenen Einschub, „*dass es stets einer besonderen (unwirtschaftlichen) Daseinsvorsorgeverpflichtung bedarf, die von den Wettbewerbern so nicht **wahrgenommen wird***“, wird der Eindruck erweckt, der europäische Rechtsrahmen lasse nur Ausgleichsleistungen zu, bei denen ein Marktversagen gegeben ist, d. h. am Markt überhaupt

nicht angeboten werden. Dies ist weder dem Art. 106 Abs. 2 AEUV, noch in der Altmark-Trans-Entscheidung oder in der Freistellungsentscheidung angelegt.

Auch der sich anschließende Satz 2 der Ziffer 22 des Entwurfs - („*Eine pauschale Einstufung einer Daseinsvorsorgetätigkeit insgesamt als ausgleichspflichtige Gemeinwohlverpflichtung kommt deshalb allenfalls dort in Betracht, wo der Markt ein entsprechendes Angebot von sich aus überhaupt nicht bereits stellen würde (Marktversagen)*“) - sollte ebenfalls aus den vorgeannten Gründen gestrichen werden.

Art. 106 Abs. 2 AEUV sieht vor, dass die nationalen Behörden selbst darüber entscheiden können, ob eine Betrauung mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegt und ob deren Erfüllung durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln verhindert wird. Dies erfolgt ganz unabhängig davon, ob ein tatsächliches oder potenzielles Marktversagen vorliegt. Die jetzige Textfassung stellt insofern eine rechtlich nicht intendierte und unnötige Einschränkung des Primärrechts dar. Intention von Altmark-Trans-Entscheidung und Freistellungsentscheidung ist in diesem Zusammenhang nicht, im Sinne eines Regel-Ausnahmeverhältnisses Maßstäbe für einen ausnahmsweisen Kostenersatz bei der Beauftragung bzw. Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darzustellen, sondern den Mitgliedsstaaten generell mehr Rechtssicherheit für die Erbringung von Aufgaben der Daseinsvorsorge zu gewähren.

Sollte die Formulierung sich auf den „pauschalen Kostenersatz“ beziehen, könnte folgender Satz von S. 2 eingefügt werden:

Betätigt sich das Unternehmen neben der Gemeinwohlverpflichtung noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden. Eine pauschale Einstufung einer Daseinsvorsorgetätigkeit insgesamt als ausgleichsfähige Gemeinwohlverpflichtung kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn ein Unternehmen ausschließlich Gemeinwohlverpflichtungen erfüllt.

III. Zu Ziffer 23 des Entwurfs:

Der Satz 1 sollte wie folgt gefasst werden:

„Der Betrauungsakt im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV, wie ihn sowohl die Altmark-Trans-Kriterien als auch die Freistellungsentscheidung 2005/842 EG (...) vorsehen, setzt eine rechtsverbindliche Verpflichtung zur Erfüllung der Daseinsvorsorge-Aufgaben einerseits und Gewährung eines Kostenausgleichs andererseits voraus.“

Die Freistellungsentscheidung setzt nicht die Begründung einer **wechselseitigen** Verpflichtung im so genannten Betrauungsakt voraus.

Zwar heißt es in der deutschen Fassung der Freistellungsentscheidung in Erwägungsgrund 11 Satz 3, dass es zur Bestimmung der wechselseitigen Verpflichtungen der betreffenden Unternehmen und des Staates es somit eines öffentlichen Auftrages bedarf, allerdings kann aus dieser Formulierung sowohl nach einer wörtlichen als auch nach einer systematischen Auslegung der Textfassung nicht geschlossen werden, dass der Betrauungsakt eine wechselseitige Verpflichtung voraussetzt.

Die englische Textfassung des hier maßgeblichen Erwägungsgrundes lautet:

„Accordingly, a public service assignment is necessary in order to define the obligations of the undertakings in question and of the State.“

Das hier maßgebliche Wort „*Accordingly*“ bedeutet nicht wechselseitig, sondern demzufolge bzw. dementsprechend und ist deshalb als Schlussfolgerung zu dem davor stehenden Satz:

„The concept of service of general economic interest within the meaning of Article 86 of the Treaty means that the undertakings in question have been entrusted with a special task by the State.“

Diese wörtliche Auslegung wird auch durch folgende systematische Erwägung unterstützt:

Legt man die englische Textfassung zugrunde, wird deutlich, dass der Betrauungsakt die Beauftragung eines Unternehmens mit einer bestimmten Aufgabe beinhalten muss und dass diese öffentliche Beauftragung notwendig ist, um bestimmte im Sinne von rechtsverbindliche Verpflichtungen festzulegen, die das Unternehmen auf der einen und der Staat auf der anderen Seite wahrnehmen muss. Dies dient nicht der Begründung eines Austauschverhältnisses, sondern vor dem Hintergrund des hier interessierenden beihilferechtlichen Rahmens der Eingrenzung der konkreten Tätigkeit, für die ein Ausgleich gewährt werden soll. Der Grund dafür ist, dass die in der Freistellungsentscheidung genannten Schwellenwerte für Ausgleichszahlungen nicht durch eine mehrfache Begünstigung eines Unternehmens durch eine staatliche Stelle umgangen werden sollen.

Wird die Betrauung dagegen entsprechend der jetzigen Anforderungen in Ziffer 23 des Entwurfs formuliert, besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung von Bund bzw. Ländern dies als umsatzsteuerbaren Leistungsaustausch einordnet. Dies würde abzulehnende Verteuerung der Leistungen für die Bürgerinnen und Bürger um diesen Steueranteil bewirken.

Satz 3 in Ziffer 23 sollte ersatzlos gestrichen werden. Es ergibt sich nicht aus der Freistellungsentscheidung, dass Gesellschafterbeschlüsse per se nicht Teil eines tauglichen Betrauungsaktes sein können. Vielmehr macht die Freistellungsentscheidung die Durchführung einer ordnungsgemäßen Betrauung von dem im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Rechtsrahmen abhängig. Nach deutschem Recht ist es indes denkbar, dass auch ein Gesellschafterbeschluss etwa in Verbindung mit weiteren Akten der Beihilfe gewährenden Stelle ein tauglicher Betrauungsakt darstellen kann (vgl. hierzu insbesondere *Duschner/Lang-Heffele/Scharpf*, Das Modell der Landeshauptstadt München für die Umsetzung der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission für Beihilfen, BayVBL 12/2010, Seite 364 f., Seite 367; die dort dargestellte Umsetzung der Freistellungsentscheidung wird im Übrigen von der EU-Kommission akzeptiert). Im Übrigen hält auch der nordrhein-westfälische Leitfaden „EG-beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge“ den Beschluss einer Gesellschafterversammlung als Element eines mehraktigen Betrauungsaktes für möglich. Es besteht kein Grund, warum der IDW-Prüfungsstandard hier für eine einengende Auslegung plädieren sollte.

IV. Zu 3.1 Ziffer 39

Der letzte Satz in Ziffer 39 sollte gestrichen werden.

Ob beihilferechtliche Risiken „*ein mögliches bestandsgefährdendes Potenzial*“ haben, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern muss immer dem Ergebnis einer Einzelfall

bezogenen Prüfung vorbehalten werden. Dies ist beispielsweise davon abhängig, ob die Beihilfen empfangene Stelle eine Zweckgesellschaft ist oder eine Gesellschaft, die Beihilfe für die Erbringung eines von vielen Tätigkeitsbereichen mit wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung erhält. Auf Grund der in dem Satz enthaltenen Verknüpfung des möglichen bestandsgefährdenden Potenzials mit der Einordnung als zumeist bedeutsame Risiken und der sich daraus ergebenden Anforderungen an die Prüfungstiefe in Nr. 3.2, Rd-Nr. 40, sollte eine derart pauschale Aussage vermieden werden. Dies ist auch geboten, damit die Anforderungen an die notwendige Prüfung und die dadurch entstehenden Kosten für die betroffenen Kommunen und Unternehmen nicht unverhältnismäßig hoch ausfallen.

Wir möchten Sie bitten, unsere Änderungen in die Prüfungsstandards aufzunehmen und sind gerne bereit, mögliche Rückfragen in einem persönlichen Gespräch zu erörtern.

Mit freundlichen Grüßen

Jens Lattmann
Beigeordneter
des Deutschen Städtetages

Matthias Wohltmann
Beigeordneter
des Deutschen Landkreistages

Helmut Dedy
Stellvertretender Hauptgeschäftsführer
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes