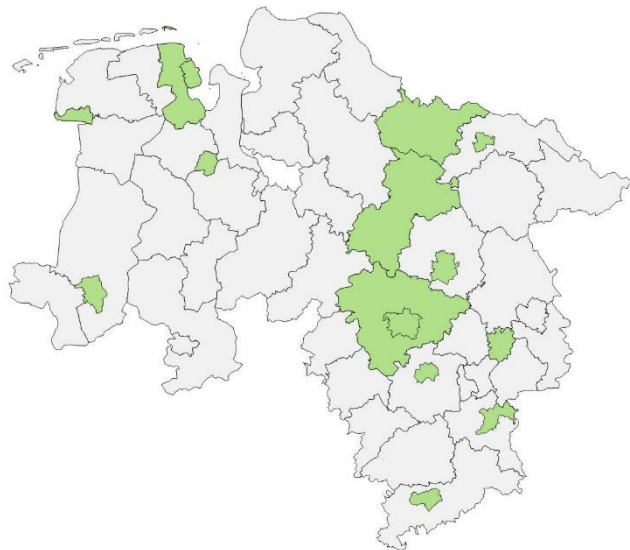


Die Präsidentin des Niedersächsischen Landesrechnungshofs

- Überörtliche Kommunalprüfung -

Prüfungsmitteilung

Betrauungsakte



Übersandt an

- Region Hannover,
- Landkreise Friesland, Harburg und Heidekreis,
- Landeshauptstadt Hannover,
- Hansestadt Lüneburg,
- Städte Braunschweig, Celle, Emden, Göttingen, Goslar, Hildesheim, Lingen, Oldenburg und Wilhelmshaven

- Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport
- Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung

Hildesheim, 02.05.2019

Az.: 10712/6.2-07/2018




Niedersachsen

Inhaltsverzeichnis

1	Zusammenfassung der wesentlichen Prüfungsergebnisse.....	3
2	Prüfungsanlass und -durchführung	8
3	Betauungsakte – Anforderungen und Risiken.....	11
3.1	Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI).....	12
3.2	Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind.....	13
3.3	Ausgleichsleistungen.....	14
3.4	Verweis auf den Freistellungsbeschluss.....	15
3.5	Aufbewahrungsfristen im Freistellungsbeschluss	16
4	Umsetzung der Betauungsakte.....	16
4.1	Kontrolle von Überkompensationen.....	16
4.2	Dokumentation	18
4.3	Berichterstattung	20
4.4	Prüfung	21
4.4.1	Vorgaben in Betauungsakten	21
4.4.2	Freiwillige Prüfungen beihilferechtlicher Sachverhalte.....	22
4.4.3	Defizite bei den beihilferechtlichen Testaten	23
5	Kommunales Beihilfemanagement	24
5.1	Organisation des EU-Beihilfemanagements	24
5.2	Externe Beratung	25
6	Stellungnahmen der Kommunen und des Wirtschaftsministeriums...27	

Quellenhinweis

Die Karte des Deckblattes basiert auf den Geobasisdaten der Niedersächsischen Vermessungs- und Katasterverwaltung aus dem Jahr 2018, ©  LGLN.

1 Zusammenfassung der wesentlichen Prüfungsergebnisse

Die überörtliche Kommunalprüfung untersuchte 2018 bei 15 Kommunen die Umsetzung des EU-Beihilferechts nach dem Freistellungsbeschluss der Europäischen Kommission (im Folgenden: Freistellungsbeschluss).¹ Für ihre Prüfung wählte die überörtliche Kommunalprüfung Kommunen aus, die für ihre kommunalen Unternehmen bereits einen oder mehrere Betrauungsakte erlassen hatten. Insgesamt untersuchte die überörtliche Kommunalprüfung 47 Betrauungsakte.

Bei einer Betrauung wird einem Unternehmen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kraft eines oder mehrerer öffentlicher Hoheitsakte (im Folgenden: Betrauungsakte) übertragen.

Unter einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird in der Praxis eine besondere Dienstleistungsaufgabe, der ein einzelner Mitgliedstaat der Europäischen Union ein allgemeines Interesse beimisst und daher mit ihr eine spezifische Gemeinwohlverpflichtung verbindet, verstanden.² Beispiele für besondere Dienstleistungsaufgaben sind der Betrieb kommunaler Krankenhäuser, Schwimmbäder oder Stadthallen. Diese Aufgaben sind in der Regel betriebswirtschaftlich nicht auskömmlich.

Die Betrauung mit einer besonderen Dienstleistungsaufgabe umfasst regelmäßig die Erbringung einer Dienstleistung, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht im gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte. Um ein im eigenen gewerblichen Interesse handelndes Unternehmen zur Übernahme einer betriebswirtschaftlich nicht auskömmlichen Aufgabe bewegen zu können, ist dem Unternehmen ein Ausgleich zu zahlen. Allerdings darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der besonderen Dienstleistungsaufgabe unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken. Geht der Ausgleich darüber

¹ Europäische Kommission, Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7/3 vom 11.01.2012.

² Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8, Rn 45 ff.

hinaus (Überkompensation), kann eine EU-rechtlich verbotene Beihilfe³ vorliegen.

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen mithilfe kommunaler Unternehmen kann in vielfältiger Weise Beihilferelevanz entfalten. Beispielsweise können Verlustausgleichszahlungen, Betriebskostenzuschüsse, Darlehensgewährungen, Bürgschaften oder Kapitalerhöhungen zugunsten kommunaler Unternehmen beihilferelevant sein.

Der Erlass von Betrauungsakten nach dem Freistellungsbeschluss bietet Kommunen die Möglichkeit, einem Unternehmen eine kommunale Beihilfe zu gewähren, ohne gegen den europarechtlichen Grundsatz des Beihilfeverbots zu verstoßen.

Der Freistellungsbeschluss beschreibt die Voraussetzungen, unter denen eine staatliche Beihilfe zugunsten von Unternehmen ausnahmsweise zulässig ist. Sofern diese EU-rechtlichen Vorgaben nicht beachtet werden, drohen der Kommune bzw. den betrauten Unternehmen Rückzahlungsforderungen oder Schadensersatzansprüche. Vor dem Hintergrund, dass selbst bei Einzelmaßnahmen, Beihilfen leicht einen zweistelligen Millionenbetrag erreichen können, stellt sich für das betraute Unternehmen im schlechtesten Fall die Existenzfrage. Die Risiken einer solchen Rückzahlung oder des Schadensersatzes lassen sich durch die Kommunen erheblich reduzieren, sofern sie die Anforderungen des Freistellungsbeschlusses beachten und korrekt umsetzen.

Vorangegangene Prüfungen zeigten, dass die Kommunen sehr unterschiedlich mit den Anforderungen des EU-Beihilferechts umgingen.⁴

Vor diesem Hintergrund untersuchte die überörtliche Kommunalprüfung den Aufbau der Betrauungsakte. Ferner untersuchte sie, ob beziehungsweise wie die beihilferechtlichen Anforderungen von den Kommunen beziehungsweise den betrauten Unternehmen in der Praxis anschließend umgesetzt wurden.

³ Vgl. Art. 106 Abs. 2 und 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁴ Vgl. Die Präsidentin des Niedersächsischen Landesrechnungshofs, Kommunalbericht 2018, Kommunale Unternehmen – Ausreichende Haftungsbegrenzung, S. 96 ff., und Kommunalbericht 2016, Kommunale Strategien und Beteiligungen, S. 41 ff.

Ziel der Prüfung war es, strukturelle Probleme und Fehlerquellen zu identifizieren, die nicht nur vereinzelt in Kommunen auftraten. Des Weiteren wurden good practice-Beispiele einzelner Kommunen identifiziert, die den anderen Kommunen als Orientierung und Hilfestellung für das Verfassen und die Umsetzung von Betrauungsakten dienen können.

Die Untersuchung zeigte folgende Handlungsfelder und Lösungsansätze:

- DAWI sind im Betrauungsakt transparent und nachvollziehbar von solchen Dienstleistungen abzugrenzen, die nicht von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse sind. Nur für klar abgegrenzte DAWI darf eine Beihilfe zulässigerweise gewährt werden.

Eine Kommune grenzte im Betrauungsakt beispielhaft nicht beihilfefähige Dienstleistungen ihrer Bäderbetriebsgesellschaft transparent und nachvollziehbar wie folgt ab:

„Die Betrauung umfasst nicht die nachfolgenden Betätigungen:

- *Betrieb einer Gastronomie*
- *Betrieb eines Campingplatzes*
- *Angebot von Fitnesskursen*
- *Betrieb eines Shops*
- *Betrieb einer Sauna*
- *Unterhaltung von Badeseen.“*

Die Kommune erläuterte weitergehend, dass der Gastronomiebetrieb auch von Nicht-Badegästen genutzt werden könne und es sich somit nicht um eine mit zu betrauende Annextätigkeit handle. Sie differenzierte für ihre Bäderbetriebsgesellschaft genau, welche Aufgaben betraut und welche nicht betraut werden sollten.

- Die Informationen über die Beihilfengewährung sind nicht nur während des Betrauungszeitraums, sondern für mindestens zehn Jahre nach Ende des Betrauungszeitraums verfügbar zu halten. Vereinzelt fanden sich in den Betrauungsakten fehlerhafte Aufbewahrungsfristen von zehn Jahren ab Erlass und nicht, wie von der Europäischen Kommission gefordert, ab Ende des Betrauungszeitraumes.
- Bei mehr als der Hälfte der Betrauungsakte fehlten die Überkompensationskontrollen, um feststellen zu können, ob gegebenenfalls eine zu hohe Beihilfe

gewährt wurde. Für weniger als die Hälfte der Betrauungsakte hielten Kommunen, die für eine Überkompensationskontrolle notwendigen beihilfespezifischen Informationen, wie Trennungsrechnungen oder Beihilfeberichte, vor. Bei Plausibilitätsprüfungen waren vorhandene Informationen mangels Ausssagekraft zudem häufig nicht geeignet, um wirksame Überkompensationskontrollen durchführen zu können.

- Da an die Europäische Kommission auf ihr Ersuchen hin alle Informationen über die Vereinbarkeit der gewährten Beihilfen mit dem Freistellungsbeschluss zu übermitteln sind, müssen auch die Kommunen diese Informationen vorhalten. Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt den Kommunen mindestens folgende beihilferelevante Informationen vorzuhalten:
 - Betrauungsakte mit den Informationen (Unterlagen), aus denen die Begründung erkennbar ist, wie DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind, in den Betrauungsakten abgegrenzt wurden,
 - nach DAWI und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind, aufgegliederte Wirtschaftspläne, um Transparenz über die Höhe der Ausgleichsleistungen zu ermöglichen,
 - Jahresabschlüsse und Prüfberichte der betrauten Unternehmen sowie die in den Betrauungsakten vorgesehenen Beihilfeberichte oder Trennungsrechnungen und
 - die Ergebnisse der Kontrollen von Überkompensationen mit Nachweisen zum Umgang mit Überkompensationen (z. B. Rückforderungen).
- Der Freistellungsbeschluss sieht keine obligatorische Prüfung der Beihilfethematik durch Rechnungsprüfungsämter oder Wirtschaftsprüfer vor. Dennoch waren solche Testierungen in mehreren Betrauungsakten festgeschrieben. Von den elf vorgesehenen Testaten für Trennungsrechnungen fehlten neun Testate. Ebenso fehlte ein für Beihilfeberichte vorgesehenes Testat. Die überörtliche Kommunalprüfung fordert, dass die im Betrauungsakt vorgesehenen Testate unverzüglich beizubringen sind.

- Für 38 Betrauungen wurden externe Berater in Anspruch genommen. Vier Kommunen erstellten Betrauungen ohne externe Beratung, zum Teil auf Basis von Musterbetrauungsakten. Der Vorteil ist neben der Kostenersparnis der Aufbau eines beihilferechtlichen Knowhow der Mitarbeiter der Kommunen. Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt den Kommunen sich – auch bei Inanspruchnahme externer Beratung – mit den beihilferechtlichen Regelungen intensiv auseinanderzusetzen. So kann die Kommune beispielsweise Trennungsrechnungen und die Angemessenheit der Ausgleichsleistungen nur überprüfen, wenn zumindest ein grundsätzliches Verständnis für die Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, vorhanden ist.

2 Prüfungsanlass und -durchführung

Bereits im Kommunalbericht 2013 wies die überörtliche Kommunalprüfung auf die Bedeutung des EU-Beihilferechts für Kommunen hin und regte an, dieser Thematik mehr Beachtung zu schenken.⁵ Die Prüfungen der folgenden Jahre im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen⁶ zeigten, dass die Kommunen sehr unterschiedlich mit den Anforderungen des EU-Beihilferechts umgingen. Dies betraf sowohl die Überprüfung von Sachverhalten auf ihre EU-beihilferechtliche Relevanz als auch die beihilferechtskonforme Ausgestaltung getroffener Maßnahmen. Die Kommunen wiesen häufig schon während der vorbenannten Prüfungen auf Unsicherheiten bei dieser Rechtsmaterie hin. Aufgrund der Komplexität des EU-Beihilferechts nahmen die Kommunen regelmäßig externe Unterstützung durch Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Anspruch.

Um einen besseren Überblick über den Anwendungsbereich und die Umsetzung des EU-Beihilferechts in der kommunalen Praxis zu gewinnen, untersuchte die überörtliche Kommunalprüfung einen Teil dieses Themenfeldes von März bis Oktober 2018. Dabei beschränkte sie ihre Prüfung auf Betrauungsakte nach dem Freistellungsbeschluss.

Das europäische Beihilferecht untersagt prinzipiell eine staatliche Begünstigung, also eine Beihilfe, zugunsten von Unternehmen. Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen kann in vielfältiger Weise Beihilferelevanz entfalten. So können beispielsweise Verlustausgleichszahlungen, Betriebskostenzuschüsse, Darlehensgewährungen, Bürgschaften oder Kapitalerhöhungen zugunsten kommunaler Unternehmen beihilferelevant sein. Solche Beihilfen sind nur ausnahmsweise und in engen Grenzen zulässig. Folglich sind auch solche staatlichen Beihilfen, die aus kommunalen Haushalten zugunsten von Unternehmen geleistet werden, zunächst grundsätzlich verboten. Eine Ausnahme von diesem Verbotssatz bilden sogenannte Betrauungen beziehungsweise Betrauungsakte.⁷ Bei einer

⁵ Der Präsident des Niedersächsischen Landesrechnungshofs, Kommunalbericht 2013, Ein aktuelles Thema: EU-Beihilferecht, S. 65 ff.

⁶ Vgl. Die Präsidentin des Niedersächsischen Landesrechnungshofs, Kommunalbericht 2018, Kommunale Unternehmen – Ausreichende Haftungsbegrenzung, S. 96 ff., und Kommunalbericht 2016, Kommunale Strategien und Beteiligungen, S. 41 ff.

⁷ Vgl. Art. 106 Abs. 2 und 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Betrauung wird einem Unternehmen eine DAWI kraft eines öffentlichen Hoheitsaktes übertragen. Diese Hoheitsakte werden als Betrauungsakte bezeichnet.⁸

Mittels einer Orientierungsprüfung untersuchte die überörtliche Kommunalprüfung 15 Kommunen. Untersuchungsgegenstand war sowohl der Aufbau der Betrauungsakte als auch die Frage, ob beziehungsweise wie die beihilferechtlichen Anforderungen von den Kommunen beziehungsweise den betrauten Unternehmen in der Praxis anschließend umgesetzt wurden. Ziel der Prüfung war es, strukturelle Probleme und Fehlerquellen zu identifizieren, die nicht nur vereinzelt in Kommunen auftreten. Des Weiteren sollten good practice-Beispiele einzelner Kommunen identifiziert werden, die den anderen Kommunen als Orientierung und Hilfestellung für das Verfassen und die Umsetzung von Betrauungsakten dienen können.

Für die Prüfung wurden Kommunen ausgewählt, die für ihre kommunalen Unternehmen bereits einen oder mehrere Betrauungsakte erlassen hatten. Insgesamt untersuchte die überörtliche Kommunalprüfung in 15 Kommunen 47 Betrauungsakte.

Kommune	Anzahl Betrauungsakte
Region Hannover	4
Landkreis Friesland	5
Landkreis Harburg	3
Landkreis Heidekreis	4
Landeshauptstadt Hannover	1
Hansestadt Lüneburg	2
Stadt Braunschweig	9
Stadt Celle	2
Stadt Emden	2
Stadt Göttingen	1
Stadt Goslar	4
Stadt Hildesheim	1
Stadt Lingen	3
Stadt Oldenburg	4
Stadt Wilhelmshaven	2
Insgesamt	47

Abb. 1: Betrauungsakte aufgegliedert nach Kommunen

⁸ Näheres zu den Voraussetzungen der Betrauungen unter Ziffer 3.

Mittels Aktenanalyse und Experteninterviews untersuchte die überörtliche Kommunalprüfung, ob die Kommunen beziehungsweise die Unternehmen die Vorgaben des Freistellungsbeschlusses und der Betrauungsakte einhielten. Neben privat rechtlich organisierten Unternehmen betrauten die Kommunen auch einen Eigenbetrieb und zwei Vereine. Diese verschiedenen Organisationsformen werden im Folgenden einheitlich als Unternehmen bezeichnet.

Von den Kommunen wurden Betrauungsakte in den nachfolgend aufgelisteten Aufgabenbereichen erlassen:

Aufgabenbereiche	Anzahl Betrauungsakte
Tourismus	13
Krankenhäuser	9
Wirtschaftsförderung	7
Bildungseinrichtungen	3
Stadthallen	3
Klimaschutz	2
Sonstige ⁹	10
Insgesamt	47

Abb. 2: Betrauungsakte aufgegliedert nach Aufgabenbereichen

⁹ Unter Sonstige sind Betrauungsakte der Aufgabenbereiche Abwasser und Bauhof, Beteiligungsholding, Breitbandförderung, Grundstücksgesellschaft, Hafen, Rettungsdienst, Schwimmbad, Stadtwerke, Wohnungsbau und Zoo zusammengefasst, die jeweils nur einmal vorkamen.

3 **Betrauungsakte – Anforderungen und Risiken**

Die Voraussetzungen, unter denen eine staatliche Beihilfe zugunsten von Unternehmen ausnahmsweise zulässig ist, beschreibt der Freistellungsbeschluss. Sofern dessen Anforderungen nicht erfüllt werden und auch keine weitere Ausnahme¹⁰ vom grundsätzlichen Beihilfenverbot vorliegt, drohen Rückzahlungsverpflichtungen und Schadensersatzansprüche, ausgelöst etwa durch Beschwerden bei der Europäischen Kommission oder Klagen von Konkurrenten.¹¹ Je nachdem, auf welches finanzielle Volumen sich die staatliche Beihilfe belief, kann eine Rückzahlung das begünstigte Unternehmen durchaus in Existenznot bringen. Beispielsweise erfordert der Neu-, Um- oder Ausbau eines kommunalen Krankenhauses leicht die Investition eines zweistelligen Millionenbetrages. Sofern dieser Millionenbetrag von der Kommune als unterstützende Beihilfe gezahlt wurde, könnte eine Rückzahlungspflicht das kommunale Unternehmen in die Insolvenz führen. Gleichzeitig droht der Kommune eine Schadensersatzpflicht: Sofern ein Unternehmen die Begünstigung an die Kommune zurückzahlen muss oder eine gewährte Bürgschaft nicht greift, kann das Unternehmen grundsätzlich die Kommune auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Darüber hinaus könnten Konkurrenten des begünstigten Unternehmens Schadensersatz von der Kommune fordern. Der Konkurrent wäre gegebenenfalls dem (zu Unrecht) begünstigten Unternehmen gleichzustellen. Eine rechtskonforme Ausgestaltung und Umsetzung der Betrauungsakte ist daher zwingend erforderlich, um solche Risiken auszuschließen oder zu minimieren.¹²

Ziel der Prüfung war es Auffälligkeiten darzustellen, die kommunenübergreifend relevant sind. Dementsprechend geht diese Untersuchung nur auf solche Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses ein, bei denen strukturelle Probleme festgestellt wurden.¹³

¹⁰ Beispielsweise Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV; vgl. auch die Notifizierungspflicht nach Art. 108 AEUV.

¹¹ Land Hessen u. a., Handbuch Europäisches Beihilferecht, Juli 2015, S. 23 ff.

¹² Weiterführend Land Hessen u. a., Handbuch Europäisches Beihilferecht, Juli 2015, S. 23 ff.

¹³ Individuelle Auffälligkeiten wurden den jeweils betroffenen Kommunen am Rande der örtlichen Erhebungen mitgeteilt.

3.1 Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

Die Europäische Kommission umschreibt eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) als „eine Dienstleistung, die von Behörden der Mitgliedsstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene als im allgemeinen Interesse liegend einzustufen ist und daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt“.¹⁴ DAWI umfassen wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universellen Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden (Marktversagen).¹⁵ Wollen Kommunen ein Unternehmen mit DAWI betrauen, müssen sie begründen, warum die vom Unternehmen zu erbringenden Tätigkeiten dem Allgemeinwohl dienen und worin das Marktversagen besteht.¹⁶

In allen Betrauungsakten wurde plausibel das allgemeine wirtschaftliche Interesse an den Tätigkeiten beschrieben. Das Marktversagen hingegen wurde lediglich in einem der 47 untersuchten Betrauungsakte ansatzweise begründet. Bei den anderen 46 Betrauungsakten konnte das Marktversagen lediglich aus dem beschriebenen Gesellschaftszweck „herausgelesen“ werden.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt den Kommunen, in ihren Betrauungsakten explizit zu beschreiben, inwiefern ein die Betrauung rechtfertigendes Marktversagen vorliegt. Hierfür reicht eine abstrakte Beschreibung, dass ein Marktversagen vorliegt, allein nicht aus. Vielmehr ist konkret auf die Aufgaben des betrauten Unternehmens abzustellen und eine daran orientierte Beschreibung des Marktversagens vorzunehmen.

¹⁴ Mitteilung der Kommission KOM (2011) 900 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschaft- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 20.12.2011, Grundbegriffe und -konzeptionen, KOM (2011) 900.

¹⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission KOM (2000) 580, Rn. 14, endg. vom 20.09.2000, ABl. C 17/4 vom 19.01.2001.

¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund 14 des Freistellungsbeschlusses vom 20.12.2011, Amtsblatt der EU L7/3 vom 11.01.2012.

3.2 Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind

Die Kommunen haben bei der Festlegung, welche Dienstleistungen als solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten, einen weiten Ermessensspielraum. Da nach dem Freistellungsbeschluss ausschließlich DAWI betraut werden dürfen, ist die Abgrenzung zu den darüber hinausgehenden Tätigkeiten der Unternehmen erforderlich, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind.¹⁷ Tätigkeiten, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, dürfen nicht durch staatliche Mittel begünstigt werden. Nach dem Transparenzgedanken empfiehlt es sich, diese in einer "Negativliste" im Betrauungsakt darzustellen.

35 Betrauungsakte enthielten eine derartige Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind. In der Regel wurde in Betrauungsakten bei Unternehmen, die ausschließlich DAWI wahrnahmen, auf eine Abgrenzung verzichtet. Lediglich ein Unternehmen nahm eine Abgrenzung nicht vor, obwohl es auch Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, durchführte.

Eine Kommune grenzte beispielsweise im Betrauungsakt Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, zu DAWI wie folgt ab:

„Die Betrauung umfasst nicht die nachfolgenden Betätigungen:

- *Betrieb einer Gastronomie*
- *Angebot von Fitnesskursen*
- *Betrieb einer Sauna*
- *Betrieb eines Campingplatzes*
- *Betrieb eines Shops*
- *Unterhaltung von Badeseen.“*

Die Kommune erläuterte, dass der Gastronomiebetrieb auch von Nicht-Badegästen genutzt werden könne und es sich somit nicht um eine mit zu betrauende Annextätigkeit handele. Sie differenzierte für ihre Bäderbetriebsgesellschaft genau, welche Aufgaben betraut und nicht betraut werden sollten.

¹⁷ Vgl. Erwägungsgrund 8 des Freistellungsbeschlusses vom 20.12.2011, Amtsblatt der EU L7/3 vom 11.01.2012.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt eine transparente, nachvollziehbare Abgrenzung von DAWI und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, im Betrauungsakt.

3.3 Ausgleichsleistungen

Eine Ausgleichsleistung ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten hätte.¹⁸ Dies ist jede positive Leistung, unabhängig von der Form des Vorteils, beispielsweise ein Zuschuss, ein Kredit zu besseren als marktüblichen Konditionen, eine Bürgschaft, der Abschluss eines vergünstigten Vertrags, die Befreiung von wirtschaftlichen Lasten (z. B. ein Steuererlass) oder eine Stundung oder Reduzierung eines Mietpreises. Die Kommunen haben im Betrauungsakt objektiv und transparent darzulegen, welche Ausgleichsleistungen gewährt werden.¹⁹

Eine Kommune formulierte in einer Betrauung:

„Ausgleichsleistungen im Sinne dieser Betrauung sind alle von der Stadt oder aus Mitteln der Stadt gewährten Vorteile, insbesondere Betriebs- und Investitionszuschüsse, Verlustausgleichszahlungen, Bürgschaften, Darlehen, Kostenübernahmen und Kapitaleinlagen.“

15 Betrauungsakte beschränkten die zu gewährenden Ausgleichsleistungen auf Betriebs- oder Investitionszuschüsse oder Kapitaleinlagen. Eine Kommune beschränkte mögliche Ausgleichsleistungen in der Betrauung auf „Ausgleichszahlungen“, gewährte dem Unternehmen aber auch eine nicht von dieser Formulierung umfasste Bürgschaft.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt, zulässige Ausgleichsleistungen im Betrauungsakt möglichst breit und umfassend zu beschreiben. So steht es der Kommune frei, ihren Unternehmen Zuwendungen in unterschiedlicher Art zu gewähren, ohne gegen Vorgaben der Betrauung zu verstoßen oder diese gegebenenfalls anpassen zu müssen.

¹⁸ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), S. 15, Nr. 4. ff.

¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 4 des Freistellungsbeschlusses vom 20.12.2011.

3.4 Verweis auf den Freistellungsbeschluss

Der Betrauungsakt muss nach Art. 4 des Freistellungsbeschlusses einen Verweis auf den Freistellungsbeschluss enthalten. Mit der Verpflichtung, dass die Behörden einen Verweis auf den Beschluss in den Betrauungsakt aufnehmen müssen, strebt die Kommission mehr Transparenz und Regeltreue an. Die Beteiligten müssen wissen, welche Vorschriften gelten und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Auf diese Weise entsteht größere Rechtssicherheit.²⁰

Zwei Betrauungsakte enthielten keinen Verweis auf den Freistellungsbeschluss, sondern bezogen sich noch auf die Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission²¹ (im Folgenden: Freistellungsentscheidung). Die Freistellungsentscheidung ist die Vorgängerregelung des Freistellungsbeschlusses. Art. 10 des Freistellungsbeschlusses enthält Übergangsbestimmungen. Danach galten Beihilferegelungen, die vor dem Inkrafttreten des Freistellungsbeschlusses wirksam wurden, mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach der Entscheidung 2005/842/EG befreit waren, für einen weiteren Zeitraum von zwei Jahren als mit dem Binnenmarkt vereinbar. Sie waren damit von der Anmeldepflicht befreit, aber längstens bis zum 31.01.2014. Die Übergangsfrist war zum Prüfungszeitpunkt abgelaufen. Die beiden auf der Freistellungsentscheidung beruhenden Betrauungsakte hätten daher spätestens am 31.01.2014 an das neue Recht angepasst werden müssen.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt dringend eine zeitnahe Überarbeitung und Anpassung der Betrauungsakte, die sich noch auf die Freistellungsentscheidung beziehen.

²⁰ Leitfaden der Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013)53, Frage 115.

²¹ Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (2005/842/EG), ABI. EU Nr. L 312/67 vom 29.11.2005 - Freistellungsentscheidung -.

3.5 Aufbewahrungsfristen im Freistellungsbeschluss

Art. 8 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses sieht vor, dass die Dokumente zur Beihilfengewährung für mindestens zehn Jahre nach Ende des Betrauungszeitraums aufzubewahren und auf Verlangen der Kommission kurzfristig vorzulegen sind.

Vereinzelt fanden sich in den Betrauungsakten fehlerhafte Aufbewahrungsfristen von zehn Jahren ab Erlass des Betrauungsaktes. Bei einer Laufzeit des Betrauungsaktes von zehn Jahren zuzüglich einer Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren ergeben sich tatsächlich aber 20 Jahre, für die die Unterlagen vorgehalten werden müssen.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt eine Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur fehlerhafter Aufbewahrungsfristen.

4 Umsetzung der Betrauungsakte

Die überörtliche Kommunalprüfung untersuchte zudem, wie die Kommunen die Regelungen des Betrauungsaktes und die weiteren Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses umsetzten. Dazu zählen die Kontrolle von Überkompensationen, Dokumentationen und Berichterstattungen.

4.1 Kontrolle von Überkompensationen

Nach Art. 5 des Freistellungsbeschlusses müssen Kommunen sicherstellen, dass die betrauten Unternehmen nur die für die Erbringung von DAWI erforderlichen Ausgleichsleistungen erhalten. Die Höhe der Ausgleichsleistungen darf unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken. Ein darüber hinausgehender Ausgleich, d. h. eine Überkompensation, ist unzulässig. Beschränken sich die Tätigkeiten des betreffenden Unternehmens auf die Erbringung der DAWI, können alle Kosten des Unternehmens herangezogen werden. Übt ein Unternehmen auch Tätigkeiten aus, bei denen es sich nicht um die betreffende DAWI handelt, so müssen in dessen Buchführung die Kosten und Einnahmen in Verbindung mit der Erbringung der betreffenden DAWI von allen anderen Tätigkeiten getrennt

ausgewiesen werden; außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Kosten und Einnahmen erfolgt. Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, beziehungsweise Quersubventionierungen sind nicht von den Privilegierungsvorschriften für DAWI umfasst. Die Kommune kann gegebenenfalls entscheiden, dass die Gewinne aus Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, ganz oder teilweise in die Finanzierung der DAWI fließen müssen.²²

Auf Verlangen der Kommission müssen die Kommunen entsprechende Nachweise dafür vorlegen, dass die Ausgleichsleistungen nicht zu hoch waren. Die Kommunen müssen daher gemäß Art. 6 des Freistellungsbeschlusses regelmäßig Kontrollen durchführen oder dafür Sorge tragen, dass diese Kontrollen während des Betrauungszeitraums zumindest alle drei Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums durchgeführt werden. Hat ein Unternehmen einen höheren Ausgleich erhalten, als in Art. 5 des Freistellungsbeschlusses vorgesehen, so hat die Kommune das betreffende Unternehmen zur Rückzahlung der Überkompensation aufzufordern. Die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs sind für zukünftige Jahre neu festzulegen. Übersteigt die Überkompensation den durchschnittlichen jährlichen Ausgleich nicht um mehr als 10 %, so kann die Überzahlung mit der nächsten Ausgleichszahlung verrechnet werden.

Die überörtliche Kommunalprüfung untersuchte, inwieweit die Kommunen diese Überkompensationskontrollen vornahmen.

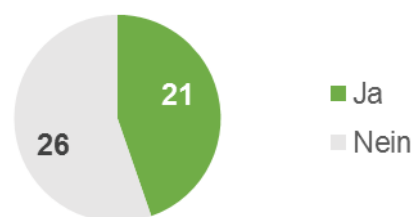


Abb. 3: Überkompensationskontrollen

Bei 21 von 47 Betrauungsakten führten die Kommunen Überkompensationskontrollen durch. Diese erfolgten über Beihilfeberichte, über einen Soll-Ist-Vergleich zwischen Wirtschaftsplan und Jahresabschluss und über Plausibilitätskontrollen von Trennungsrechnungen. Dabei festgestellte zu viel gezahlte Ausgleichsleistungen wurden zurückgefordert oder mit den Folgejahren verrechnet.

²² Erwägungsgrund 16 des Freistellungsbeschlusses vom 20.12.2011.

Bei mehr als der Hälfte der Betrauungsakte fehlten Überkompensationskontrollen. Dies wurde damit begründet, dass die Betrauungsakte erst in den Jahren 2016 bis 2018 verabschiedet wurden und noch keine entsprechenden Unterlagen vorliegen würden. Bei acht Unternehmen wurden Überkompensationskontrollen schlichtweg versäumt. Dies wurde mit Zeitmangel und Unwissen über die Notwendigkeit von Überkompensationskontrollen erklärt.

Nur regelmäßige Überkompensationskontrollen mit Ausgleich oder Rückzahlung von überhöhten Ausgleichsleistungen gewährleisten, dass Ausgleichsleistungen in beihilferechtlich zulässiger Höhe und nur für DAWI gewährt werden. Eine verbotene Quersubventionierung für wirtschaftliche Tätigkeiten wird dadurch ausgeschlossen.

Die überörtliche Kommunalprüfung fordert die Kommunen auf, unterlassene Überkompensationskontrollen unverzüglich nachzuholen.

4.2 Dokumentation

Gemäß Art. 8 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses kann die Europäische Kommission als schriftliches Ersuchen alle Informationen, die sie für erforderlich erachtet, um zu bestimmen, ob die gewährten Ausgleichsleistungen mit dem Beschluss vereinbar sind, anfordern. Hieraus folgt, dass somit auch die Kommunen Informationen zur Beihilfengewährung in detaillierter Form vorhalten müssen. Daraus müssen sich die konkreten Umstände ergeben, weshalb die gewährten Beihilfen von der Anmeldepflicht befreit sind.

Beispielsweise fordert ein Betrauungsakt als Nachweis für die ordnungsgemäße Verwendung der Ausgleichsleistungen einen jährlich auf Basis des geprüften Jahresabschlusses zu erstellenden Beihilfebericht. Weiterhin sind Tätigkeits-, Geschäfts-, Abschluss- und Prüfungsberichte dem Beihilfebericht hinzuzufügen.

Die Prüfung der vorgelegten Dokumentationen ergab folgende Feststellungen:

- Informationen zur Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, waren nur in Einzelfällen vorhanden.
- Wirtschaftspläne, Jahresabschlüsse und Prüfberichte lagen bei 45 Betrauungsakten vor. Für zwei Betrauungsakte erhielt die überörtliche Kommunalprüfung keine Informationen.
- Nur wenige Wirtschaftspläne unterschieden nach DAWI- und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind.
- Für weniger als die Hälfte der Betrauungsakte existierten bei den Kommunen Trennungsrechnungen oder Beihilfeberichte.
- Die zur Verfügung gestellten Informationen waren häufig wenig geeignet, um Überkompensationskontrollen durchzuführen. Beispielsweise bildete eine sogenannte Trennungsrechnung zwar unterschiedliche Sparten ab, diese waren aber nicht mit den DAWI und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, im Betrauungsakt deckungsgleich. In weiteren Betrauungsakten waren DAWI und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, in Trennungsrechnungen nicht unterscheidbar, da eine entsprechende Kennzeichnung fehlte. Zudem war es häufig nicht nachvollziehbar, nach welchen Grundsätzen die Kosten und die Erlöse DAWI oder Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, zuzuordnen waren.
- Vereinzelt waren die in den Trennungsrechnungen nachgewiesenen Zahlen nicht mit denen des Jahresabschlusses kongruent.

Aus der Erfahrung dieser Prüfung heraus empfiehlt die überörtliche Kommunalprüfung den Kommunen mindestens folgende beihilferelevante Informationen zu den Akten zu nehmen:

- Betrauungsakte,
- Informationen, wie beispielsweise erläuternde Unterlagen, in denen nachvollziehbar dargestellt ist, wie DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, in den Betrauungsakten abgegrenzt wurden,

- nach DAWI und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, aufgegliederte Wirtschaftspläne, um Transparenz über die Höhe der gewährten Ausgleichsleistungen zu ermöglichen,
- Jahresabschlüsse und Prüfberichte der betrauten Unternehmen,
- die in den Betrauungsakten vorgesehenen Beihilfeberichte oder Trennungsrechnungen und
- die Ergebnisse der Überkompensationskontrollen mit Nachweisen zum Umgang mit Überkompensationen (z. B. Rückforderungen).

4.3 Berichterstattung

Jeder Mitgliedstaat übermittelt gemäß Art. 9 des Freistellungsbeschlusses der Kommission alle zwei Jahre einen Bericht über die Umsetzung des Freistellungsbeschlusses. Dieser Bericht enthält:

- Ausführungen zur Anwendung des Freistellungsbeschlusses auf die in seinen Anwendungsbereich fallenden Dienstleistungen,
- den Gesamtbetrag der nach dem Freistellungsbeschluss gewährten Beihilfen, aufgeschlüsselt nach Wirtschaftszweigen,
- Angaben dazu, ob für eine bestimmte Art von Dienstleistung die Anwendung des Beschlusses Schwierigkeiten verursacht oder zu Beschwerden Dritter geführt hat und
- andere von der Kommission erbetene Informationen.

Für niedersächsische Kommunen erfolgt die Abfrage durch das Niedersächsische Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung (Wirtschaftsministerium).

Zwei Kommunen erklärten während der örtlichen Erhebungen, dass sie 2018 die turnusmäßige Abfrage des Wirtschaftsministeriums über die Umsetzung des Freistellungsbeschlusses nicht erhalten haben. Eine weitere Kommune erklärte darüber hinaus, dass sie auch in den Vorjahren keine turnusmäßigen Abfragen erhalten habe, obwohl ihr Betrauungsakt aus dem Jahr 2012 stamme.

Das Wirtschaftsministerium legte hierzu in seiner Stellungnahme vom 13.03.2019 plausibel dar, dass die Abfragen 2018 per E-Mail an die jeweiligen E-Mail-Adressen der Hauptverwaltungsbeamten oder deren Vorzimmer gesandt wurden. Ergänzend wies das Wirtschaftsministerium darauf hin, dass es gegenwärtig aufgrund der vom Bund vorgegebenen Prozessen und Fristen zu einer E-Mail-Abfrage keine Alternativen gebe.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt den drei Kommunen, die Vorgänge nochmals zu untersuchen und – gegebenenfalls in Abstimmung mit dem Wirtschaftsministerium – geeignete Vorkehrungen zu treffen, wie zukünftige Abfragen des Wirtschaftsministeriums die vor Ort handelnden Personen unverzüglich erreichen.

4.4 Prüfung

4.4.1 Vorgaben in Betrauungsakten

Der Freistellungsbeschluss sieht keine obligatorische Prüfung der Beihilfethematik durch Rechnungsprüfungsämter oder Wirtschaftsprüfer vor.

Dennoch waren in 13 der geprüften Betrauungsakte solche Testierungen festgeschrieben. Die in den Betrauungsakten benannten Prüfungsanforderungen unterschieden sich dabei deutlich.

Elf Betrauungsakte beinhalteten eine Überprüfung der Trennungsrechnungen, teilweise mit und teilweise ohne Überkompensationskontrolle. Von den elf Betrauungsakten, in denen für die Trennungsrechnungen Testate vorgesehen waren, fand die überörtliche Kommunalprüfung lediglich eines vor. Für ein weiteres Unternehmen erfolgte der Nachweis für die Trennungsrechnungen über einen testierten Beihilfebericht. Die anderen neun Testate lagen nicht vor. Ist im Betrauungsakt eine testierte Trennungsrechnung vorgesehen und wird der Nachweis über einen testierten Beihilfebericht erbracht, hält dies die überörtliche Kommunalprüfung für gleichwertig, soweit der testierte Beihilfebericht eine nachvollziehbare Trennungsrechnung enthält.

Zwei Betrauungsakte sahen eine Bestätigung für die ordnungsgemäße Erstellung des Beihilfeberichts vor. Während für ein Unternehmen das vom Betrauungsakt

geforderte Testat vorgelegt werden konnte, fehlte für das zweite Unternehmen das Testat. Bei einer Kommune war zudem auffällig, dass in deren drei Betrauungsakten jeweils unterschiedliche Prüfungsanforderungen benannt waren.

Die Kommunen begründeten das Fehlen der Testate damit, dass es sich zum Teil um erst kürzlich erlassene Betrauungsakte handele und noch Unterlagen fehlen würden. Zudem sei es schwierig, Prüfer zu finden, die bereit seien, beihilferechtliche Sachverhalte zu prüfen und zu testieren.

Die überörtliche Kommunalprüfung begrüßt eine Aufnahme von Prüfungsverpflichtungen durch Rechnungsprüfungsämter oder Wirtschaftsprüfer in Betrauungsakten. Als Mindestanforderung empfiehlt die überörtliche Kommunalprüfung die Prüfung der Trennungsrechnungen beziehungsweise der Beihilfeberichte und der damit verbundenen Überkompensationskontrolle. Testate ermöglichen einen „Blick von außen“ und können auf mögliche Defizite hinweisen. Sie ermöglichen im Idealfall mittelbar die Risikominimierung im Hinblick auf Rückforderungen oder Schadensersatzansprüche.²³ Zudem sollten die Prüfungsanforderungen in mehreren Betrauungsakten einheitlich gestaltet sein, um das Beihilfecontrolling zu erleichtern.

Die im Betrauungsakt vorgesehenen Testate sind von den Kommunen von den zur Vorlage verpflichteten Stellen unverzüglich einzufordern.

4.4.2 Freiwillige Prüfungen beihilferechtlicher Sachverhalte

Über die in Betrauungsakten vorgesehenen Verpflichtungen hinaus, wurden mehrfach „freiwillige“ Testierungen vorgenommen. Beispielsweise erstellte der Jahresabschlussprüfer eines Unternehmens im Rahmen der Jahresabschlussprüfung einen separaten Nachweis über die Höhe des Verlustes aus DAWI. Das Rechnungsprüfungsamt einer Kommune überprüfte im Prüfbericht eines Unternehmens die Höhe der Überkompensation. Für ein Unternehmen testierte der Abschlussprüfer, dass Ursachen für die Berücksichtigung von Rückforderungsansprüchen im vorliegenden Jahresabschluss nicht ersichtlich waren. In fünf weiteren Prüfberichten wurden beihilferechtliche Sachverhalte geprüft. Unter dem As-

²³ Vgl. Ziffer 3 dieser Prüfungsmitteilung.

pekt der Risikovermeidung begrüßt die überörtliche Kommunalprüfung ausdrücklich eine Überprüfung der beihilferechtlichen Betätigung durch Rechnungsprüfungsämter oder Wirtschaftsprüfer. Sie empfiehlt, wenn ein Betrauungsakt vorhanden ist, eine Prüfung der mit dem Beihilferecht zusammenhängenden rechtlichen Risiken vorzunehmen. Die Prüfungsaufträge für die Jahresabschlussprüfung sollten daher grundsätzlich um IDW PS 700²⁴ erweitert werden. Dieser Prüfstandard legt verbindliche Grundsätze fest, anhand derer der Prüfer beurteilt, ob die mit dem Beihilferecht zusammenhängenden rechtlichen Risiken im Jahresabschluss und im Lagebericht des Unternehmens ordnungsgemäß abgebildet wurden.

4.4.3 Defizite bei den beihilferechtlichen Testaten

Im Rahmen der Prüfung fand die überörtliche Kommunalprüfung auch negative Beispiele für Prüfungen beihilferechtlicher Sachverhalte.

Beispielsweise testierte bei einem Unternehmen der Prüfer, dass sich im Rahmen seiner Prüfung keine Anhaltspunkte ergeben haben, dass die mit der Mittelgewährung verbundenen Verpflichtungen und Auflagen der Kommune nicht beachtet wurden. Zum Zeitpunkt der Jahresabschlussprüfung lag nach Aussage der Buchhaltung noch keine Trennungsrechnung vor. Eine valide Aussage zu beihilferechtlichen Belangen war zu diesem Zeitpunkt nicht möglich. Ein Prüfer testierte einen Beihilfebericht, obwohl dieser keine Trennung nach DAWI und Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, enthielt. Eine verlässliche Aussage zu möglichen Überkompensationen war so nicht möglich. Ein Rechnungsprüfungsamt beauftragte eine Jahresabschlussprüfung für eine kleine kommunale Kapitalgesellschaft zuzüglich der beihilferechtlichen Risiken nach IDW PS 700. Der Prüfer nahm jedoch lediglich eine Standardprüfung ohne Betrachtung beihilferechtlicher Sachverhalte vor.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt den Kommunen eine intensivere Kontrolle der erstellten Prüfberichte und Testate und einen Abgleich mit deren Beauftragung.

²⁴ Prüfstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer zur Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV, insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen.

5 Kommunales Beihilfemanagement

Die überörtliche Kommunalprüfung untersuchte, welche organisatorischen Auswirkungen die Anwendung des EU-Beihilferechts auf das Beihilfemanagement hat. Außerdem hinterfragte sie, in welchem Umfang die Kommunen zur Beurteilung von Risiken externe Beratung in Anspruch nahmen.

5.1 Organisation des EU-Beihilfemanagements

Die überörtliche Kommunalprüfung untersuchte, wie die Kommunen organisatorisch die Anforderungen des EU-Beihilferechts abbildeten.

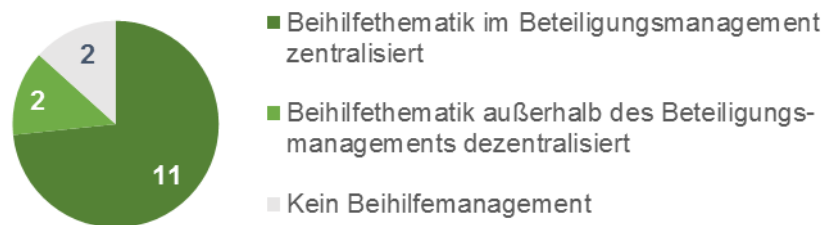


Abb. 4: Organisation des Beihilfemanagements

Bei elf Kommunen war die Beihilfethematik im Beteiligungsmanagement angesiedelt. In diesen Fällen oblag die Thematik regelmäßig dem jeweils für das betreffende Unternehmen zuständigen Sachbearbeiter. Lediglich eine Kommune richtete für die Beihilfethematik eine zentrale Stelle im Beteiligungsmanagement ein, die nicht mit dem originären Beteiligungscontrolling der Unternehmen befasst war. Zwei Kommunen hatten keine einheitliche Verantwortlichkeit für die beihilferechtliche Sachbearbeitung. Die zugehörigen Thematiken wurden dezentral in unterschiedlichen Organisationseinheiten der Verwaltung bearbeitet, was z. B. bei Auskünften zu Abstimmungsschwierigkeiten führte. Bei zwei Kommunen gab es zum Zeitpunkt der örtlichen Erhebungen kein eigenständiges Beihilfemanagement.

Aufgrund der Komplexität des Beihilferechts empfiehlt die überörtliche Kommunalprüfung für ein Beihilfemanagement weitgehend zentralisierte Lösungen und Zuständigkeiten, die bedarfsweise einzelne Fachbereiche zur Lösung beihilferechtlicher Fragestellung hinzuziehen oder koordinieren. Dies ermöglicht eine einheitliche Vorgehensweise für vergleichbare Sachverhalte.

In einem guten Beispiel zum Beihilfenmanagement waren mit Beteiligungsmanagement, Rechtsamt und Rechnungsprüfungsamt alle wesentlichen Akteure bei den Betrauungsakten eingebunden. Die drei Bereiche arbeiteten intensiv zusammen und waren eng miteinander verzahnt. Verantwortlich für das Beihilfemanagement und die Überkompensationskontrolle war der für das Unternehmen zuständige Sachbearbeiter im Beteiligungsmanagement.

Ein wesentlicher Bestandteil des Beihilfemanagements ist eine regelmäßige systematische Überprüfung des Beteiligungsportfolios dahingehend, ob weitere Betrauungsakte notwendig sind.

Lediglich neun Kommunen hatten eine solche Überprüfung in der Vergangenheit durchgeführt.

Eine Kommune führte regelmäßig einen systematischen Check aller ihrer Beteiligungsunternehmen mit Hilfe einer „Beihilfetabelle Beteiligungen“ durch. Aus Sicht der überörtlichen Kommunalprüfung war dies ein empfehlenswertes und pragmatisches Vorgehen.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt eine regelmäßige Überprüfung des Beteiligungsportfolios, um feststellen zu können, ob (weitere) beihilferechtliche Maßnahmen notwendig sind.

5.2 Externe Beratung

Für 38 Betrauungen wurden externe Berater in Anspruch genommen. Vier Kommunen erstellten Betrauungen ohne externe Beratung, zum Teil auf Basis von Musterbetrauungsakten.

Die überörtliche Kommunalprüfung stellte fest, dass die intern gefertigten Betrauungsakte qualitativ vergleichbar mit den Betrauungsakten waren, die mit Hilfe externer Beratung erstellt wurden.

In diesem Zusammenhang weist die überörtliche Kommunalprüfung auf eine weitere Auffälligkeit hin: Sofern in den Betrauungsakten eine Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind,

vorgenommen wurden, konnten viele der zuständigen Mitarbeiter in den Kommunen, die eine externe Beratung in Anspruch nahmen, nicht erläutern, warum die Abgrenzung in der vorgefundenen Weise erfolgte. Auf Nachfrage erläuterten diese Mitarbeiter häufig, dass der jeweilige Betrauungsakt durch Berater in Zusammenarbeit mit den Unternehmen entwickelt wurde. Hier waren die Kommunen nach eigener Aussage in den Prozess oftmals nur peripher oder gar nicht eingebunden. Die Mitarbeiter hatten dementsprechend keine oder nur geringe Kenntnisse vom Beihilferecht.

Die überörtliche Kommunalprüfung empfiehlt den Kommunen sich – auch bei Inanspruchnahme externer Beratung – mit den beihilferechtlichen Regelungen intensiv auseinanderzusetzen. So kann die Kommune beispielsweise Trennungsrechnungen und die Angemessenheit der Ausgleichsleistungen nur überprüfen, wenn zumindest ein grundsätzliches Verständnis für die Abgrenzung von DAWI zu Dienstleistungen, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, vorhanden ist.

6 Stellungnahmen der Kommunen und des Wirtschaftsministeriums

Ein Entwurf dieser Prüfungsmitteilung wurde am 07.02.2019 per E-Mail an die 15 geprüften Kommunen und an das Wirtschaftsministerium mit der Bitte gesendet, zum Entwurf Stellung zu nehmen (§ 4 Abs. 1 Satz 3 NKPG). Vier Kommunen und das Wirtschaftsministerium haben diese Möglichkeit genutzt.

Die Kommunen führten in ihren Stellungnahmen im Wesentlichen aus, welche Maßnahmen sie aufgrund der festgestellten Handlungsfelder bereits erarbeitet und umgesetzt haben und welche Maßnahmen noch geplant sind. Zwei Kommunen und das Wirtschaftsministerium machten ergänzende Angaben zu einzelnen Sachverhalten.

Eine Kommune erläuterte in ihrer Stellungnahme zu Kapitel 3.1 Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, dass Kommunen, die ein Unternehmen mit einer DAWI betrauen wollen, begründen müssen, warum die Tätigkeiten dem Allgemeinwohl dienen und worin das Marktversagen besteht. Die stellungnehmende Kommune beachte diese notwendige Prüfung und die entsprechende Begründungspflicht. Allerdings sehe sie darüber hinaus keine zwingende Notwendigkeit, dieses geprüfte und vor einer Betrauung zwingend zu bejahende Tatbestandsmerkmal einer DAWI im Betrauungsakt selbst, ausdrücklich aufzuführen und zu wiederholen.

Unstrittig ist, dass Kommunen für DAWI begründen müssen, warum die Tätigkeiten dem Allgemeinwohl dienen und worin das Marktversagen besteht. Allerdings waren diese Begründungen im Rahmen der Prüfung häufig nicht mehr nachvollziehbar, da keine entsprechenden Unterlagen beigebracht werden konnten. Deshalb empfiehlt die überörtliche Kommunalprüfung dies direkt im Betrauungsakt zu dokumentieren. Wesentlicher als der Dokumentationsort ist jedoch, dass überhaupt eine Begründung des Marktversagens bei Nachfragen der EU-Kommission vorgelegt werden kann.

Die andere Kommune stellte in ihrer Stellungnahme zu Kapitel 4.4 Prüfung dar, dass jährlich im Rahmen der Betrauung durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ein Testat nach IDW PS 700 erteilt werde. Im Rahmen dessen beziehe der

Wirtschaftsprüfer Stellung dazu:

- ob die staatlichen Beihilfen ordnungsgemäß im Jahresabschluss und Lagebericht abgebildet seien,
- die Geschäftsführung die Zulässigkeit der Beihilfen sorgfältig eingeschätzt habe
- und mögliche Konsequenzen hieraus hinsichtlich der Bilanzierung und Lageberichterstattung gezogen habe.

Dementsprechend erfolge hier auch eine Überprüfung der Trennungsrechnung.

Weiterhin führte sie in ihrer Stellungnahme zu Kapitel 5.2 Externe Beratung aus, dass sie bewusst für ihren Betrauungsakt eine externe Beratung in Anspruch genommen habe. Aus ihrer Sicht sei diese Beauftragung eines externen Beraters zwingend erforderlich gewesen, da der Sachverstand zu diesem Zeitpunkt im eigenen Hause noch nicht in ausreichender Weise vorhanden war. Der Kommune war zudem bewusst, dass eine rechtssichere Lösung gefunden werden musste, die auch einer nachträglichen Überprüfung standzuhalten habe.

Ein eben solches Vorgehen sei auch aktuell auch für die Erstaufnahme im Rahmen der Bearbeitung beihilferechtlicher Sachverhalte geplant. Die Kommune möchte, nachdem die Erstaufnahme beihilferechtlicher Sachverhalte mit externer Hilfe erfolgt ist, die grundlegende Kompetenz für die Beurteilung beihilferechtlicher Sachverhalte im eigenen Hause aufbauen und nur noch in besonderen Einzelfällen oder tiefgreifenden Änderungen der rechtlichen Grundlagen, externe Berater hinzuzuziehen.

Die überörtliche Kommunalprüfung begrüßt ein fallweises, auf den konkreten Einzelfall ausgerichtetes Vorgehen.

Die Stellungnahme des Wirtschaftsministeriums findet sich im Kapitel 4.3 Berichterstattung.

gez.

Dr. Sandra von Klaeden