



MARTINI·MOGG·VOGT

RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

Rechtliche Stellungnahme

für die Stadtentwicklungsgesellschaft mbH & Co. KG Mayen

„EU-beihilfenrechtliche Implikationen der Wohnimmobilienbewirtschaftung durch die STEG“

2205/21-VK

Martini Mogg Vogt PartGmbH

November 2021

MMV Koblenz

Ferdinand-Sauerbruch-Str. 28
56073 Koblenz
Telefon +49 261 / 88 44 66
Telefax +49 261 / 80 08 01

MMV Bonn

Joseph-Schumpeter-Allee 23
53227 Bonn
Telefon +49 228 / 18 43 798 - 0
Telefax +49 228 / 18 43 798 - 71

MMV Mainz

Essenheimer Str. 157
55128 Mainz
Telefon +49 6131 / 26 511 - 0
Telefax +49 6131 / 26 511 - 13

MMV Stuttgart

Hasenbergstr. 95A
70176 Stuttgart
Telefon +49 711 / 576 046 - 30
Telefax +49 711 / 576 046 - 40



Gliederung

A. Sachverhalt	4
B. Prüfungsauftrag	6
C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	7
I. Feststellungen zum Status Quo	7
II. Wie kann eine künftige Finanzierung der STEG bei Fortführung beihilfenrechtskonform gestaltet werden?	7
1. Marktkonforme Gestaltung der Wohnungsbewirtschaftung	8
2. Beihilfenrechtliche Rechtfertigung	8
III. Würde der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgeschlossen, wenn die STEG liquidationslos Vollbeendet und die Wohnungsbewirtschaftung im Kernhaushalt der Stadt Mayen (Vermögensverwaltung) organisiert würde?	9
D. Rechtliche Würdigung	10
I. Rechtlicher Rahmen	10
1. Tatbestand der Beihilfe	10
2. Rechtliche Risiken bei Verstößen gegen das EU-Beihilfenrecht	12
II. Hinweis zu Fristen	13
III. Unterliegt die Bewirtschaftung von Wohnraum im Gebiet der Stadt Mayen überhaupt dem EU-Beihilfenrecht?	13
1. Darstellung der rechtlichen Voraussetzungen	13
2. Lösungsmodell 1: Marktanalyse mit evtl. Ausschluss der Binnenmarktrelevanz „non-aid“-Notifizierung	15
IV. EU-Beihilfenrechtliche Bewertung des Status Quo	17
1. Ist die gewährte Bürgschaft EU-beihilfenrechtskonform?	17
2. Zwischenergebnis	21
3. Dürfen bzw. durften der STEG die in der Vergangenheit entstandenen Verluste durch Gewährung von Einlagen (Immobilien) und Zuschüssen (teilweise) ausgeglichen werden?	21
V. Wie kann eine Beihilfenrelevanz bei Fortführung der STEG ausgeschlossen werden?	23
1. Lösungsmodell 2: Marktkonforme Gestaltung	23
2. Lösungsmodell 3: Beihilfenrechtliche Rechtfertigung	24
VI. Würde der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgeschlossen, wenn die STEG liquidationslos Vollbeendet und die Wohnungsbewirtschaftung im Kernhaushalt der Stadt Mayen (Vermögensverwaltung) organisiert würde?	31
VII. Folgefrage: Bestehen dann dieselben EU-beihilfenrechtlichen Fragen wie bei Fortbetrieb der STEG?	33
VIII. Wie ist diese Thematik im Kernhaushalt zu lösen?	35



A. Sachverhalt

Alleiniger Kommanditist der Stadtentwicklungsgesellschaft mbH & Co. KG (STEG) ist die Stadt Mayen. Die STEG ist Gesellschafterin ihrer eigenen Komplementärin, der STEG Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH Mayen. Die Komplementärin ist nicht am Vermögen der STEG beteiligt und erhält lediglich eine Haftungsvergütung.

Unternehmensgegenstand der STEG ist unter anderem die Durchführung von Stadtentwicklungs- und Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, die unmittelbar und mittelbar der Verbesserung der strukturellen Entwicklung von Mayen dienen. Die insoweit in der Vergangenheit aufgelegten Förderprogramme wurden angesichts fehlender Mittel eingestellt.

Ein weiteres Geschäftsfeld ist die Vermietung und Bewirtschaftung eines umfänglichen Haus- und Wohnungsbestandes. Den Haus- und Wohnungsbestand (37 Wohnimmobilien, 276 Wohneinheiten, 18.000 qm Wohnfläche, davon derzeit rund 1.000 qm nicht vermietet) hat die Gesellschaft ursprünglich von der Stadt Mayen erworben.

Der aktuelle Buchwert der Immobilien beträgt ca. 7,5 Mio. €. Da der derzeitige Verkehrswert nicht bekannt ist, gehen wir wie besprochen davon aus, dass der Verkehrswert dem Buchwert entspricht. Größtenteils handelt es um nicht gebundenen Wohnraum, da die Zweckbindungsfristen abgelaufen sind.

Im Rahmen des damaligen Erwerbs wurde eine Fremdfinanzierung aufgenommen. Die Verbindlichkeiten betragen zunächst etwa 10 Mio. DM und valutieren derzeit mit ca. 3,7 Mio. €. Die Finanzierung erfolgt zu Kommunalkreditkonditionen. Hierfür hat die Stadt Mayen eine Ausfallbürgschaft gestellt, die den ausstehenden Darlehensbetrag in voller Höhe abdeckt. Die STEG bezahlt an die Stadt Mayen hierfür eine Avalprovision von derzeit 1,4 %, die angabegemäß fremdüblich ist. Der Höhe nach entspricht die Avalprovision angabegemäß dem durch die Bürgschaft begründeten Zinsvorteil gegenüber einer nicht durch Kommunalbürgschaft besicherten Darlehensvariante (vgl. BV 6221/2020). Die Bürgschaft besteht seit 04.04.2001; sie wurde nach Auslaufen der Zinsbindung für das seinerzeit bestehende Restdarlehen per 31.12.2020 um ein Jahr verlängert; eine



weitere Verlängerung erfolgte durch Stadtratsbeschluss vom 06.10.2021, und zwar bis zum 31.12.2022.

Der Geschäftsbetrieb der STEG hat in der Vergangenheit in zahlreichen Perioden keine Kostendeckung erzielen können. Die Stadt betrachtet den Geschäftsbetrieb als Dauerverlustgeschäft (vgl. Beschlussvorlage des Stadtrates vom 06.10.2021, BV 6528/2021/1). Die Jahresfehlbeträge wurden und werden durch die Stadt Mayen nicht regelmäßig und vollständig ausgeglichen. In der Vergangenheit wurden durch die Stadt Mayen unregelmäßig Kapitalerhöhungen durch Leistung von Einlagen – z.B. von Immobilien aus dem städtischen Bestand – und in Form einer Zuführung von Finanzmitteln vorgenommen. Die (steuerlichen) Verlustvorträge betragen ca. 2,1 Mio. Euro.

Insbesondere auch aufgrund des Alters der Immobilien besteht in den nächsten Jahren ein Finanzierungsbedarf für Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, der nicht allein über die Mieten dargestellt werden kann.

Die Stadt sieht vor diesem Hintergrund zwei Handlungsoptionen:

1. „Vollbeendigung“ der STEG

Es wird erwogen, zum 31.12.2022 eine „Vollbeendigung“ der STEG mit Übertragung aller Aktiva und Passiva auf die Stadt herbeizuführen. Die Vermietung und Bewirtschaftung des Immobilienbestandes würde künftig durch die Stadt Mayen selbst erfolgen.

2. Beibehaltung der STEG (Fortführung des Status Quo)

Alternativ könnte die STEG unverändert gemäß den faktischen Gegebenheiten fortgeführt werden, also mit der alleinigen Tätigkeit der Bewirtschaftung des Immobilienbestandes.



MARTINI·MOGG·VOGT

RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

- 5 -

B. Prüfungsauftrag

Wir wurden beauftragt, die Finanzierung der Tätigkeiten der STEG im status quo sowie die angedachte „Vollbeendigung“ mit einer Übernahme der Tätigkeiten durch die Stadt im Lichte der EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben zu bewerten. Dabei sind insbesondere auch die Vorgaben für eine eventuelle künftige Mittelausstattung des Geschäftsfeldes der Immobilienbewirtschaftung auszuarbeiten.

Die konkrete Umsetzung der gefundenen Lösungsmodelle ist auftraggeberseitig vom Prüfungsauftrag zunächst ausdrücklich ausgenommen worden.



C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Feststellungen zum Status Quo

Grundsätzlich ist zu hinterfragen, ob die Tätigkeit der Wohnungsbewirtschaftung im Gebiet der Stadt Mayen dem EU-Beihilfenrecht unterfällt. Dies wäre nach der Spruchpraxis der EU-Kommission nicht der Fall, wenn es sich um eine in Bezug auf Kundenkreis und Konkurrenten (Investorenmarkt) rein lokale Tätigkeit handelt. Dies kann nur im Wege einer umfassenden Marktanalyse nachgewiesen werden. Kann ein rein lokaler Bezug der Wohnungsbewirtschaftung nachgewiesen werden, wäre eine Negativanmeldung bei der EU-Kommission („Non-aid-Notifizierung“) zu erwägen. Gelingt diese, hätte die Stadt im Hinblick auf das EU-Beihilfenrecht Rechtssicherheit. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Erwägungen zur rein lokalen Tätigkeit noch nicht abschließend vom EuGH als insoweit oberstem Gericht bestätigt worden sind.

Geht man dagegen von einer grundsätzlichen Beihilfenrechtsrelevanz der Betätigung aus, führt dies im Status Quo zu folgenden Feststellungen:

- Die von der Stadt für die Darlehen der STEG gestellte Bürgschaft entspricht derzeit nicht den Vorgaben des EU-Beihilfenrechts, da sie weder den Maßstäben der sog. Bürgschaftsmitteilung, noch der sog. de-minimis-Verordnung Nr. 1407/2013 entspricht. Gesichtspunkte, die die Bürgschaft aus anderen Gründen marktüblich erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.
- Soweit die Stadt im Wege der Sach- oder Finanzeinlage die Kapitalbasis der STEG stärkt, ist die ebenfalls nicht beihilfenrechtskonform. Denn es erfolgt hierdurch eine Begünstigung der STEG aus staatlichen Mitteln. Eine beihilfenfrei mögliche Zuführung von Investitionsmitteln ist darin nicht zu sehen, da es an der Rentabilität fehlt.

II. Wie kann eine künftige Finanzierung der STEG bei Fortführung beihilfenrechtskonform gestaltet werden?

Es gibt hier zwei Lösungsmodelle.



1. Marktkonforme Gestaltung der Wohnungsbewirtschaftung

Eine Beihilferelevanz ist ausgeschlossen, wenn die Verhältnisse zwischen Stadt und STEG marktkonform gestaltet werden. Mit Blick auf die bisherigen Maßnahmen (Bürgschaft und Kapitalstärkung) bedeutet dies, dass auf eine Bürgschaft der Stadt künftig entweder verzichtet oder diese nach den Vorgaben der Bürgschaftsmitteilung gestaltet wird. Bei Abweichungen von diesen Vorgaben müsste die Bürgschaftsgewährung bei der EU-Kommission zur Genehmigung angemeldet (notifiziert) werden. Dabei wäre zu begründen, warum die Bürgschaft entweder marktkonform oder mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

Soweit es die Kapitalbasis der STEG angeht, dürften hier weitere Transfers nur unter dem Gesichtspunkt des investiven Verhaltens erfolgen. Es müsste demnach sichergestellt werden, dass eine gewisse Mindestrentabilität für die Stadt gewährleistet wird. Dies wird mutmaßlich eine Änderung des bisherigen Geschäftsmodells bedingen, da für eine Refinanzierung von Investitionen angabegemäß höhere Mieten vereinnahmt werden müssten. Können höhere Mieten absehbar auch nach Investition nicht in einem hinreichenden Maße erzielt werden, wäre unter Umständen die Einstellung dieser Tätigkeit zu prüfen.

2. Beihilfenrechtliche Rechtfertigung

Sofern eine marktkonforme Ausrichtung der Verhältnisse nicht opportun erscheint – etwa um niedrige Mieten zu gewährleisten – und das Tätigkeitsfeld der Wohnraumbewirtschaftung aufrechterhalten bleiben soll, wären hierfür wohl weitere wie auch immer geartete finanzielle Stützungsmaßnahmen unter Beteiligung der Stadt Mayen (z.B. künftige Bürgschaften oder Zuschüsse) erforderlich. Die darin zu sehenden Beihilfen sind unter bestimmten Umständen aufgrund einer Ausnahmeregelung zulässig, wenn sie aus Sicht der Stadt für eine Tätigkeit der Daseinsvorsorge (sog. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) gewährt werden. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet der sog. DAWI-Freistellungsbeschluss.

Dieser zulässige Rahmen wird gezogen durch eine von der Stadt Mayen zu definierende DAWI-Tätigkeit, die insbesondere den Bereich des sozialen Wohnungsbaus betreffen kann. In diesem Umfang dürfte die Stadt im Rahmen der Daseinsvorsorge der STEG



finanzielle Vorteile gewähren. Erforderlich ist insbesondere, dass im Bereich des hier angesprochenen Wohnungsbaus ein adäquates Angebot durch den Markt nicht zur Verfügung gestellt wird (Marktversagen). Eine – rein hypothetisch - subventionierte Erstellung höher- oder hochwertiger Wohnungen in Konkurrenz zu privaten Anbietern könnte dagegen voraussichtlich kaum gerechtfertigt werden.

Übt die STEG ausschließlich die betraute Tätigkeit aus, wäre im Gegensatz zum Status Quo auch eine Ausfallbürgschaft über 100 % des Kreditbetrages nach EU-Beihilfenrecht – jedoch unbeschadet ggfls. abweichender kommunalrechtlicher Vorgaben - begründbar.

III. **Würde der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgeschlossen, wenn die STEG liquidationslos vollbeendet und die Wohnungsbewirtschaftung im Kernhaushalt der Stadt Mayen (Vermögensverwaltung) organisiert würde?**

Nein. Nach der Rechtsprechung des EuGH und der Spruchpraxis der EU-Kommission unterliegen auch Städte und Gemeinden in ihrem Kernhaushalt dem EU-Beihilfenrecht, sofern dort eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.

Die beihilfenrechtliche Problematik würde hinsichtlich der Bürgschaft entschärft, da eine solche künftig nicht mehr erforderlich wäre. Zugleich wird bei strenger Anwendung der Spruchpraxis der EU-Kommission aber durch die Insolvenzunfähigkeit der Stadt und die damit verbundenen Finanzierungsvorteile der Wettbewerb u.U. beeinträchtigt.

Im Ergebnis ist daher auch bei einer Übertragung in den Kernhaushalt entweder eine marktkonforme Ausgestaltung der finanziellen Verhältnisse oder eine beihilfenrechtliche Rechtfertigung etwaiger Begünstigungen erforderlich.



D. Rechtliche Würdigung

I. Rechtlicher Rahmen

1. Tatbestand der Beihilfe

Eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) liegt vor, wenn folgende Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sind:

- Es muss sich um eine Maßnahme aus **staatlichen Mitteln** handeln. Mittel einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, welche hoheitliche Aufgaben wahrnimmt und in die öffentliche Verwaltung eingegliedert ist, sind regelmäßig als staatliche Mittel in diesem Sinne einzuordnen¹. Werden Mittel einer von staatlichen Einrichtungen unterschiedlichen juristischen Person (bspw. öffentliches Unternehmen) verwendet, kommt es darauf an, ob die konkrete Maßnahme dem Staat zuzurechnen ist.²
- Die Maßnahme muss **begünstigende Wirkung** haben. Eine finanzielle Zuwendung des Staates, der keine angemessene, marktübliche Gegenleistung gegenübersteht, oder die sonst zu Marktbedingungen erfolgt, stellt eine Begünstigung dar.³ Ob marktübliches Handeln vorliegt, wird anhand eines Vergleichs mit einem marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten in der Rolle der beihilfegewährenden Stelle geprüft.⁴
- Die gewährte Begünstigung muss ferner **selektiv** sein. Dies ist der Fall, wenn sie zugunsten eines **bestimmten Unternehmens** gewährt wird, das sich von anderen Unternehmen, welche die Begünstigung nicht erhalten, abgrenzen lässt.⁵

¹ Pache/Pieper, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl. 2013, Art. 107 Absatz 1, Kapitel 1, Tz. 66 ff.

² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe iSd. Art. 107 Abs. 1 AEUV, Az. 2016/C 262/01 vom 19.07.2016, nachfolgend: „Beihilfenbekanntmachung“, Tz. 39 ff. .

³ Von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 54. EL 2014, Art. 107 Absatz 1, Tz. 52 ff.; Beihilfenbekanntmachung, Tz. 73 ff.

⁴ Von Wallenberg/Schütte, a.a.O., Art. 107 Absatz 1, Tz. 52 ff.

⁵ Pache/Pieper, a.a.O., Art. 107 Abs. 1, Kapitel 1, Tz. 210.



- Die selektive Begünstigung muss zugunsten eines **Unternehmens** erfolgen. Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinn ist jede Einheit, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.
- Außerdem muss durch die selektive Begünstigung **eine Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels** zumindest drohen. Eine drohende Wettbewerbsverfälschung liegt in jeder Verbesserung der Stellung des Unternehmens auf dem Markt. Der innergemeinschaftliche Handel ist schon beeinträchtigt, wenn der grenzüberschreitende Handel innerhalb der EU für das begünstigte Unternehmen erleichtert beziehungsweise für Wettbewerber erschwert wird.⁶ Die Entscheidungspraxis zeigt, dass beide Merkmale stets gemeinsam geprüft und häufig mit sehr kurzen Ausführungen bejaht werden.⁷ Allerdings hat die EU-Kommission in der jüngeren Vergangenheit diese Merkmale des Beihilfentatbestands unter Hinweis auf die rein lokale Bedeutung der betreffenden Maßnahme verneint. Auch nach einer neueren Entscheidung des Europäischen Gerichts erster Instanz kommt in bestimmten Fällen die Möglichkeit in Betracht, dass lokale Einrichtungen, die keine Kunden aus dem benachbarten EU-Ausland anziehen und die keine Auswirkungen auf Investitionen von Unternehmen aus dem benachbarten EU-Ausland haben, nicht in den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts fallen⁸.

Liegt auch nur eines dieser Merkmale nicht vor, so scheidet die Annahme einer staatlichen Beihilfe aus. Der Vorgang unterliegt dann nicht dem EU-Beihilfenrecht.

2. Rechtliche Risiken bei Verstößen gegen das EU-Beihilfenrecht

Rechtsfolge des Beihilfentatbestandes ist das **Beihilfeverbot**, weil eben – vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung in den Verträgen – staatliche Beihilfen mit dem EU-Bin-

⁶ Von Wallenberg/Schütte, a.a.O., Art. 107 Absatz 1, Tz. 68 ff. und 74 ff.

⁷ EuGH, Urteil vom 17. September 1980, C-730/79 (Philip Morris), Tz. 11; Urteil vom 22. November 2001, C-53/00 (Ferring), Tz. 21.

⁸ EuG, Urteil vom 14.05.2019, T-728/17.



nenmarkt grundsätzlich nicht zu vereinbaren sind. Die Mitgliedstaaten unterliegen daher einer Unterrichts- bzw. Anmeldepflicht, der sie vor Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen nachzukommen haben (Notifizierung). Bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchgeführt werden, Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV (Durchführungsverbot).

Wird dies nicht beachtet und eine tatbestandlichen Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot gewährt, kann dies in der Regel zur Rückforderung der Beihilfe führen, die entweder aufgrund einer entsprechenden Anordnung der EU-Kommission nach Art. 13 Abs. 2 VO (EU) 2015/1589 zu erfolgen hat, aber auch nach Feststellung eines Beihilfenverstoßes durch die beihilfegewährende Stelle eigenständig durchzuführen ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB⁹ und zudem ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.¹⁰ Die EuGH-Rechtsprechung hat sich darauf festgelegt, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Unwirksamkeit der betreffenden Beihilfemaßnahme zur Folge hat.¹¹ Eine spätere Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission kann insoweit nicht zu einer rückwirkenden Heilung führen. Deshalb geht der BGH davon aus, dass ein Vertrag, durch den unter Verletzung des beihilfenrechtlichen Durchführungsverbots eine Beihilfe gewährt worden ist, wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig ist.¹²

Weiterhin – und dies ist in der Praxis in der letzten Zeit vermehrt zu beobachten – können Konkurrenten des Begünstigten Unternehmens die beihilfegewährende Stelle vor den Zivilgerichten auf Unterlassung verklagen. Grundlage einer solchen Klage sind die Vorschriften des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).

⁹ BGH EuZW 2003, 444.

¹⁰ BGHZ 188, 326 = EuZW 2011, 440.

¹¹ EuGH EuZW 1993, 62; EuGH EuZW 1996, 564.

¹² BGH EuZW 2003, 444; BGH WM 2012, 2024 Rn. 19.



II. Hinweis zu Fristen

Unbeschadet des Anspruchs einer objektiven Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns weisen wir darauf hin, dass ein beihilfenrechtliches Risiko in Gestalt eines Prüfverfahrens durch die EU-Kommission und einer hieraus ggf. folgenden Rückforderungsanordnung nur zeitlich begrenzt besteht.

Gemäß Art. 17 Abs. 1 und 2 VO (EU) 2015/1589 kann die Kommission eine Rückforderung nur innerhalb von zehn Jahren ab Gewährung anordnen. Soweit Vorteile durch eine Bürgschaft oder durch etwaige Zuschüsse vor mehr als 10 Jahren gewährt wurden, unterliegen sie somit nicht der Beihilfenkontrolle.

III. Unterliegt die Bewirtschaftung von Wohnraum im Gebiet der Stadt Mayen überhaupt dem EU-Beihilfenrecht?

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist zunächst die Frage aufzuwerfen, ob - unbeschadet der weiteren Tatbestandsmerkmale - die in Rede stehende Tätigkeit als solche überhaupt beihilfenrechtsrelevant ist. Es geht hier um die Bewirtschaftung von Wohnungen im Eigentum eines öffentlichen Unternehmens, und zwar in einem Umfang von 37 Wohnimmobilien, die insgesamt 276 Wohneinheiten mit einer Gesamtwohnfläche von 18.000 m² beinhalten.

Unseres Erachtens könnten jedoch Überlegungen dahingehend angestellt werden, dass eine Binnenmarktrelevanz – also eine drohende Beeinträchtigung des inngemeinschaftlichen Handels und eine drohende Wettbewerbsverfälschung – nicht vorliegen. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung von nicht dem Europarecht unterworfenen **rein lokalen oder regionalen Vorgängen**.

1. Darstellung der rechtlichen Voraussetzungen

Während der EuGH insoweit Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels bislang bereits annahm, wenn der grenzüberschreitende Handel innerhalb der EU für das begünstigte Unternehmen erleichtert beziehungsweise für Wettbewerber erschwert wird, legt die EU-Kommission ihrer Genehmigungspraxis seit einigen Jahren eine zurückhaltendere Auslegung der Binnenmarkt- und Wettbewerbsrelevanz zu Grunde. So hat die Kommission etwa im Jahr 2016 mehrere Maßnahmen als beihilfenrechtlich un-



bedenklich qualifiziert und dies in einer begleitenden Pressemitteilung u.a. damit begründet, dass die Beihilfenkontrolle im Interesse der Verbraucher auf größere Fälle konzentriert werden soll, die den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich beeinträchtigen (vgl.: PM vom 21.09.2016, IP/16/3141). Auch im Rahmen der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) wurden diese Kriterien bestätigt. In diesen Fällen stellte die Kommission insbesondere fest und darauf ab,

dass der Beihilfeempfänger Waren oder Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat anbot und es unwahrscheinlich war, dass er Kunden aus anderen Mitgliedstaaten gewinnen würde; ferner war nicht davon auszugehen, dass die Maßnahme mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben würde.

Diese Doktrin wendet die Kommission grundsätzlich in allen Wirtschaftsbereichen an.

Das Europäische Gericht erster Instanz hat die vorgenannte Entscheidungspraxis der Kommission mit Urteil vom 14. Mai 2019 (T-728/17) im Grundsatz am Beispiel eines kommunalen Mittelmeerhafens gebilligt, wenngleich insoweit auch eine Einzelfallprüfung „von Fall zu Fall“ für geboten erachtet wurde, ob diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Dies folgt auch aus dem Umstand, dass die bloße Förderung (nur) kleinerer Unternehmen die Binnenmarktrelevanz dieser Förderung nicht bereits zwingend ausschließt. Es genügt also nicht allein der Umstand, dass der Förderempfänger ein vergleichsweise kleines Unternehmen ist.

2. Lösungsmodell 1: Marktanalyse mit evtl. Ausschluss der Binnenmarktrelevanz, „non-aid“-Notifizierung

Ob die Voraussetzungen einer lokalen Tätigkeit vorliegen, müsste anhand einer plausiblen Marktanalyse geprüft und nachgewiesen werden. Nach der bisherigen Spruchpraxis der EU-Kommission müsste zunächst geprüft werden, ob die Tätigkeit lediglich einen lokalen Einzugsbereich hat. Es ist also zu prüfen, ob und inwiefern eine überregionale



Anziehungskraft für Kunden der angebotenen Leistung - hier also für Mieter der angebotenen Wohnungen – besteht, oder ob es sich nicht vielmehr um ein auf die örtliche Bevölkerung abzielendes Grundversorgungsangebot handelt.

In einem zweiten Schritt wäre sodann zu prüfen, ob eine etwaige Begünstigung ein Hindernis für grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen mit Sitz im Ausland zu Erbringung vergleichbarer Leistungen in der entsprechenden Region beinhaltet. Hintergrund hierfür ist, dass mit Blick auf konkurrierende Unternehmen keine Handelshindernisse etabliert werden dürfen. Hierfür ließ die Kommission in ihrer bisherigen Spruchpraxis häufig bereits genügen, dass grenzüberschreitende Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten in der jeweiligen Region jedenfalls potentiell möglich erscheinen bzw. jedenfalls nicht ausgeschlossen werden können. Darauf könnte hindeuten, wenn auf dem angesprochenen Investorenmarkt für Wohnimmobilien eine internationale Anbieterstruktur mit Bezug zum EU-Ausland vorherrscht und derartige Unternehmen potentiell in der Region der Stadt Mayen tätig werden könnten. Nach der dargestellten, neueren Entscheidungspraxis der EU-Kommission ist diesbezüglich darauf abzustellen, ob

mit einem hinreichendem Grad an Wahrscheinlichkeit absehbar ist, dass die Maßnahme allenfalls eine marginale Wirkung auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder grenzüberschreitende Niederlassung hat¹³.

Die Marktanalyse müsste somit

- die Merkmale der geförderten Tätigkeit – hier: Bewirtschaftung von Wohnimmobilien -,
- die Markt- und Wettbewerbssituation gegenüber anderen Anbietern in diesem Markt,
- die räumliche Dimension des betroffenen Marktes (lokal/regional, überregional), sowie
- die Auswirkungen auf die Kundenbeziehungen einbeziehen.

¹³ KOM, SA.37904 (2014/NN), Rn. 17 – Deutschland: Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim.



Erst wenn eine solche Analyse ergibt, dass allenfalls marginale Auswirkungen auf den Binnenmarkt zu erwarten sind, kann eine Beihilfe ausscheiden. In diesem Fall könnte erwogen werden, den Sachverhalt bei der EU-Kommission anzumelden. Aus Gründen der Rechtssicherheit können nämlich auch Maßnahmen als „Nicht-Beihilfe“ angemeldet werden (sog. **Non-Aid-Notifizierung**)¹⁴. In geeigneten Fällen kann die Europäische Kommission auch sog. *comfort letter* erteilen, also einen Fall *informell* bewerten, etwa mit der Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt. Diese Anmeldung müsste auf dem innerstaatlichen Dienstweg erfolgen. Ansprechpartner auf Landesebene in Rheinland-Pfalz, an den sich kommunale Behörden im Falle einer Notifizierung (oder auch im Fall eines Beihilfeverdachts bzw. zu allgemeinen Fragen des Beihilferechts) wenden können, ist das EU-Referat des MWVLW. Gerne unterstützen wir die Stadt bei diesem Vorgang.

Ohne eine eingehende Untersuchung dieser Faktoren kann aber ein Beihilfeausschluss insoweit nicht rechtssicher begründet werden. Die Chance einer Anmeldung bei der EU-Kommission besteht darin, dass mit einer positiven Entscheidung jegliche Beihilfeentematik erledigt wäre. Dies beinhaltet zugleich ein Risiko, wenn die Kommission die von der Stadt vertretene Auffassung nicht teilt – sie wird dann erst Recht auf den Sachverhalt aufmerksam gemacht. Wie bereits ausgeführt, könnten in diesem Fall sämtliche Finanzierungsmaßnahmen der letzten 10 Jahre aufgegriffen werden.

Der mit der Erstellung einer entsprechenden Marktanalyse und der Anmeldung der Maßnahme allein auf dieser Grundlage verbundene Aufwand erscheint daher jedenfalls in dem Fall nicht gerechtfertigt, dass ein Beihilfeausschluss aus anderen Gründen gelingen kann oder ein Freistellungstatbestand gegeben ist bzw. erfüllt werden kann.

IV. EU-Beihilfenrechtliche Bewertung des Status Quo

Somit ist zunächst der Status Quo EU-beihilfenrechtlich zu bewerten. Dieser ist dadurch geprägt, dass die Stadt Mayen eine dauerhaft verlustträchtige Eigengesellschaft im

¹⁴ Das Anmeldeformular, das der Verordnung (EG) 794/2004 (in der Fassung der Veränderung durch die Verordnung (EU) 2015/2282) als Anhang I Teil I beigefügt ist, sieht eine solche explizite Anmeldung als Nicht-Beihilfe („Maßnahme, die keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt, die jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit bei der Kommission angemeldet wird“) ausdrücklich vor.



Wege einer Bürgschaft sowie – jedenfalls in der Vergangenheit – mit Finanzierungsmaßnahmen unterstützt hat.

1. Ist die gewährte Bürgschaft EU-beihilfenrechtskonform?

Bürgschaften können, wie auch andere Finanzierungsmaßnahmen, unter das Beihilfeverbot fallen. Indem eine staatliche Stelle durch die Bürgschaft im Eintrittsfall verpflichtet und damit ein staatlicher Haushalt belastet wird, ist das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Mittel erfüllt. Die Bürgschaft wird hier auch einem bestimmten Unternehmen – der STEG - mit selektiver Wirkung gewährt. Fraglich ist, ob darin eine beihilfenrelevante Begünstigung liegt.

a) Beihilfenausschluss nach der Bürgschaftsmitteilung der EU-Kommission

Auch im Hinblick auf die Gewährung von Bürgschaften und anderen Haftungsverpflichtungen gilt der EU-beihilfenrechtliche Grundsatz, dass marktkonformes Verhalten keine Beihilfe darstellt¹⁵.

Die Eigenschaft einer Bürgschaft als Beihilfe kann sich daraus ergeben, dass hierdurch das aus einem Kreditverhältnis für den Kreditgeber erwachsende Risiko durch den prinzipiell unbeschränkt zahlungskräftigen Staat (hier in Gestalt der Stadt Mayen) übernommen wird. Diese Risikoträgerschaft soll nach Auffassung der Kommission normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden. Verzichtet der Staat ganz oder teilweise auf eine solche Prämie, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen und ein Verlust staatlicher Ressourcen¹⁶. Um zu beurteilen, ob die Bedingungen eine Bürgschaft den Marktbedingungen entsprechen, muss damit geprüft werden, ob ein solcher Vorteil dem Unternehmen (hier der STEG) verschafft wird.

Die EU-Kommission hat in der Bürgschaftsmitteilung zur Vereinfachung dieser Prüfung bestimmte Voraussetzung aufgestellt, unter denen eine Bürgschaft von ihr als marktüblich anerkannt wird:

¹⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 20.06.2008, Az. 2008/C 155/02, nachfolgend „Bürgschaftsmitteilung“.

¹⁶ Bürgschaftsmitteilung, Erläuterung 2.1.



-
- der Kreditnehmer darf sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten befinden
 - der Umfang der Bürgschaft muss im Zeitpunkt der Übernahme ermittelt werden können; hierzu muss die Bürgschaft
 - o an eine bestimmte finanzielle Transaktion geknüpft,
 - o auf einen festen Höchstbetrag beschränkt und
 - o von begrenzter Laufzeit sein;
 - die Bürgschaft darf höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrags oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung abdecken, und
 - für die Bürgschaft wird ein marktübliches Bürgschaftsentgelt bezahlt.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist von der Beihilfenrechtskonformität der Bürgschaft auszugehen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch schon aus dem Grund nicht erfüllt, dass die Stadt Mayen nach unserem Kenntnisstand eine Bürgschaft über den vollständigen ausstehenden Kreditbetrag gewährt, diese also nicht auf 80 % beschränkt hat. Im Hinblick auf etwaige künftige Bürgschaften wäre zudem zu prüfen, inwiefern die STEG aufgrund ihrer Ertragslage als „in finanziellen Schwierigkeiten befindlich“ angesehen werden müsste. Die übrigen Voraussetzungen sind formeller Natur und können grundsätzlich künftig erfüllt werden.

Die Abweichung von den Vorgaben der Bürgschaftsmitteilungen führt jedoch nicht automatisch zum Vorliegen einer Beihilfe. Das Nichtvorliegen kann in solchen Fällen vielmehr auf andere Weise nachgewiesen werden (Ziff. 3.6. Bürgschaftsmitteilung). Es müsste in diesem Fall durch die Stadt dargelegt werden, dass die Gewährung der Bürgschaft marktwirtschaftlichem Handeln entspricht. Dieser Nachweis erfolgt nach der Kommissionspraxis anhand des Kriteriums des sog. „Marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten“. Hierfür müssten die kaufmännisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten der Bürgschaftsgewährung (Vor- und Nachteile für die Stadt) analysiert werden. Maßstab ist die wirtschaftliche Rationalität; politische Überlegungen dürfen nicht berücksichtigt werden. Solche Analysen werden unter anderem von Wirtschaftsprüfungsbüros angeboten.

In Zweifelsfällen soll gemäß Ziffer 3.6 sowie 3.2 lit c) Abs. 5 der Bürgschaftsmitteilung eine vorsorgliche Anmeldung bei der EU-Kommission erfolgen.



b) Beihilfenausschluss nach der de-minimis-VO?

Wird einem Unternehmen innerhalb eines bestimmten Zeitraums vom Staat nur ein geringer Betrag zugewendet, wird diese Zuwendung als Maßnahme angesehen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt und daher nicht dem Beihilfenverbot unterliegt. Die Einzelheiten sind in den sog. de-minimis-Verordnungen geregelt. Hier kommt insbesondere die sogenannte allgemeine de minimis Verordnung Nr. 1407/2013 in Betracht. Diese legt auch für Bürgschaften bestimmte Schwellenwerte fest, bis zu denen eine Beihilfenrelevanz ausgeschlossen ist.

Zu den Voraussetzungen gemäß Art. 4 Abs. 6 VO 1407/2013 zählt unter anderem, dass

- die Bürgschaft einen Anteil von max. 80 % des Darlehens und einen Betrag von grsl. höchstens 1,5 Mio. Euro bei einer Laufzeit von fünf Jahren oder von höchstens 750.000 Euro einer Laufzeit von zehn Jahren absichert; **oder**
- das Bruttosubventionsäquivalent auf der Grundlage von in einer Mitteilung der Kommission festgelegten Safe-Harbour-Prämien berechnet wurde **oder**
- vor der Durchführung der Bürgschaft die Methode für die Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents unter den in Art. 4 Abs. 6 lit. d) De-minimis-VO genannten Voraussetzungen bei der Kommission angemeldet und aufgrund ihrer Vereinbarkeit mit der Bürgschaftsmittteilung oder einer Nachfolgemittteilung akzeptiert wurde, und die akzeptierte Methode sich ausdrücklich auf die Art der Bürgschaft und die zugrundeliegende Transaktion bezieht.

Da diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind, kommt ein Beihilfenausschluss durch die de-minimis-Verordnung hier nicht in Betracht.

c) Beihilfenausschluss durch Vorteilsabschöpfung?

Fraglich ist, ob eine beihilfenrechtlich Begünstigung dadurch ausgeschlossen werden kann, dass die der STEG aus der Bürgschaft erwachsenden Vorteile durch die Stadt Mayen vollumfänglich abgeschöpft werden. Dies könnte hier durch die vereinbarte Avalprovision geschehen, die nach Ihren Angaben vollumfänglich dem durch die Bürgschaft bewirkten Zinsvorteil entspricht.



In der Spruchpraxis der Kommission ist die Vorgehensweise, eine beihilfenrechtliche Begünstigung durch Abschöpfung der gewährten Vorteile auszuschließen, nicht unbekannt. So wurden etwa im Bereich der Grundstückerschließung Regelungen als beihilfenrechtskonform anerkannt, mit denen die durch die Erschließung entstehenden Vorteile (Nettogewinne) bei den die Erschließung durchführenden Unternehmen nach Maßnahmen abgeschöpft wurden. Dies führte zur Verneinung eines Vorteils auf Ebene dieser Unternehmen und damit einer Beihilfe.

Allerdings halten wir die Zahlung einer Avalprovision alleine für nicht ausreichend, um eine EU-Beihilfenrechtskonformität der Bürgschaft hier zu bejahen. Hintergrund hierfür ist die Fassung der Bürgschaftsmitteilung, die für sich genommen ebenfalls eine Abschöpfung des Vorteils in Form einer Avalprovision erfordert. Allerdings genügt nach der ausdrücklich in der Mitteilung geäußerten Kommissionsauffassung die Provision alleine nicht, um die Beihilfenrechtskonformität herzustellen. Vielmehr hat sich die Kommission entschieden, in Bürgschaftskonstellationen weitergehende Anforderungen zu stellen. Hier ist insbesondere zu sehen, dass durch die vollumfängliche Absicherung des Darlehens über die 80 %-Grenze hinaus kein Restrisiko des kreditgebenden Instituts besteht und damit nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Konditionen im Übrigen noch einen weiteren Vorteil beinhalten, etwa dadurch, dass sonst gar kein Darlehen gewährt würde oder jedenfalls eine andere, weitergehende Besicherung verlangt würde.

Insofern kann allein durch die Erwägung, durch die Avalprovision werde der mit der Bürgschaft verbundene Vorteil vollumfänglich abgeschöpft, hier keine Beihilfenrechtskonformität hergestellt werden.

2. Zwischenergebnis

Die von der Stadt für die Darlehen der STEG gestellte Bürgschaft entspricht derzeit nicht den Vorgaben des EU-Beihilfenrechts. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass man der Tätigkeit der STEG grundsätzlich eine Beihilfenrelevanz zumisst und sie nicht als rein lokale Tätigkeit ansieht.



3. Dürfen bzw. durften der STEG die in der Vergangenheit entstandenen Verluste durch Gewährung von Einlagen (Immobilien) und Zuschüssen (teilweise) ausgeglichen werden?

Eine Beihilfe erfordert, wie ausgeführt, die Finanzierung aus staatlichen Mitteln. Die Haushaltsmittel einer Gebietskörperschaft – hier der Stadt Mayen - sind regelmäßig als staatlich einzuordnen. Unter den Beihilfenbegriff fallen dabei Begünstigungen jedweder Art. Es ist nicht entscheidend, ob diese in Form von Finanztransfers, also durch Zahlung, oder durch Übertragung von Sachwerten erfolgt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die in der Vergangenheit von der Stadt auf die STEG übertragenen Vermögenswerte den Tatbestand der staatlichen Beihilfe erfüllen können.

Etwas anderes könnte man hier allenfalls mit Blick auf die Übertragung städtischer Immobilien argumentieren, wenn es sich hierbei um eine zulässige Investitionen in ein öffentliches Unternehmen gehandelt hätte. Für bestimmte Fallgruppen hat die Kommission nämlich bekannt gegeben, unter welchen Umständen sie im Verhältnis staatlicher Gesellschafter zu ihren Unternehmen nicht vom Vorliegen staatlicher Beihilfen ausgeht.

Danach liegt eine staatliche Beihilfe bei der Bereitstellung von neuem Kapital für öffentliche Unternehmen unter anderem nicht vor, wenn damit ausschließlich der Bedarf an Neuinvestitionen und die damit unmittelbar verbundenen Kosten gedeckt werden, sofern in dem Sektor, in dem das Unternehmen tätig ist, im gemeinsamen Markt keine strukturellen Überkapazitäten bestehen und es sich um ein finanziell gesundes Unternehmen handelt. In diesem Fall entspricht bspw. eine Kapitalzuführung auch dann dem Verhalten eines wirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, wenn die Investition erst zu einem späteren Zeitpunkt rentabel werden wird¹⁷.

Mit anderen Worten erkennt die Kommission an, dass sich staatliche Stellen im Rahmen ihrer Beteiligungen wirtschaftlich-investiv verhalten dürfen, solange sie dabei ihren Unternehmen keine wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Vorteile gewähren. Ziel der Beihilfevorschriften ist die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen.

¹⁷ Standpunkt der Kommission, Bull-EG 1984-4, Erl. 3.2.



Wenn und weil sich ein kommunaler Gesellschafter also nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Rationalität verhält, und dabei keine ungerechtfertigten Begünstigungen an seinem Unternehmen gewährt, liegt eine staatliche Beihilfe nicht vor.

Allerdings kann sich ein kommunaler Gesellschafter nur dann auf die wirtschaftliche Rationalität berufen, wenn es sich bei der betreffenden Maßnahme tatsächlich um eine wirtschaftliche Investition handelt. Das ist nur der Fall, wenn bei realistischer Betrachtung von einer gewissen Rentabilität, also einem Mittelrückfluss an den öffentlichen Haushalt oder einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts, ausgegangen werden darf. Für den Fall, dass eine Investition nicht sofort rentabel wird, besteht nach der angeführten Mitteilung aus dem Jahr 1984 ein gewisser Spielraum für Argumentation. Danach darf auch auf einen „strategischen Charakter“ der Investition in Hinblick auf Absatzmärkte oder Versorgung abgestellt werden. Bedingung bleibt aber, dass die Maßnahme „dem normalen Verhalten eines Kapitalgebers gleichgestellt werden kann“.

Da es sich bei den geleisteten Einlagen erklärtermaßen um eine Kapitalstärkung durch die Einbringung von Altimmobilien zur Kapitalerhöhung mit Blick auf die auflaufenden Verluste handelte, ist aus unserer Sicht fraglich, ob tatsächlich eine realistische Rentabilitätserwartung hiermit verbunden werden durfte. Hinzu kommt, dass entsprechende Überlegungen vor Gewährung der Maßnahme durchgeführt werden müssen, sodass schon aus diesem formellen Grund eine Rechtfertigung der seinerzeitigen Kapitalstärkungsmaßnahmen im Falle einer Überprüfung durch die EU-Kommission schwerfallen dürfte.

V. Wie kann eine Beihilfenrelevanz bei Fortführung der STEG ausgeschlossen werden?

Wird die STEG mit dem derzeit von ihr wahrgenommenen Tätigkeitsspektrum fortgeführt, sollte für eine beihilfenrechtskonforme Gestaltung der Verhältnisse zwischen Stadt und STEG Sorge getragen werden.

1. Lösungsmodell 2: Marktkonforme Gestaltung

Dies kann zum einen dadurch erfolgen, dass die Verhältnisse zwischen Stadt und STEG marktüblich gestaltet werden. So könnte etwa künftig auf eine Bürgschaft der Stadt ver-



zichtet werden. Dies dürfte mutmaßlich zu höheren Finanzierungskosten auf Ebene der STEG führen und zudem nicht zu vernachlässigende einmalige Kosten für die dann zweifelsohne erforderliche Umstellung auf eine alternative Besicherung verursachen.

Alternativ sollte eine städtische Bürgschaft künftig nach den Erfordernissen der Bürgschaftsmittelteilung – wie bereits dargestellt – ausgestaltet werden. Ist dies nicht gewünscht, könnte die Beihilfefreiheit einer „100-%-Bürgschaft“ durch eine dokumentierte Analyse der Marktüblichkeit („private-investor-test“) nachgewiesen werden. Dieser ruft indes erneut nicht unerhebliche Kosten hervor, das Ergebnis einer solchen Untersuchung ist offen.

Soweit es Kapitalstärkungsmaßnahmen der Stadt zugunsten der STEG betrifft, müssen diese auf ihre Rentabilität untersucht werden. Dies wird unter Umständen eine Änderung des bisherigen Geschäftsmodells bedingen müssen, da die anstehenden Investitionen sich angabegemäß auf Grundlage der derzeit vereinbarten Mieten nicht refinanzieren werden. Die Aufrechterhaltung eines Dauerverlustbetriebes ist jedoch keinesfalls marktkonform im Sinne der Beihilfevorschriften. Fraglich ist unseres Erachtens, ob eine Neuausrichtung hin zu höheren, rentablen Mieteinnahmen politisch gewünscht und zudem am Markt durchsetzbar ist. Die vom EU-Beihilfenrecht vorausgesetzte rein marktwirtschaftliche Sichtweise würde für den Fall, dass sich die erforderlichen Investitionen über angemessene Marktmieten nicht realistisch refinanzieren lassen unter Umständen einen Verzicht auf die Investition und eine Beendigung der Tätigkeit nahelegen.

2. Lösungsmodell 3: Beihilfenrechtliche Rechtfertigung

Soll dagegen eine Bewirtschaftung und ggfls. Revitalisierung des Wohnungsbestandes ermöglicht werden, der aus politischen Gründen keine rentablen Einnahmen gegenüberstehen, wäre der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts – wenn man die Tätigkeit für binnenmarktrelevant hält – für dann ggfls. zu leistenden öffentlichen Finanzierungsmaßnahmen eröffnet. Von dem dann grundsätzlich geltenden beihilfenrechtlichen Durchführungsverbot werden zahlreiche Ausnahmen zugelassen, die jeweils die Erfüllung bestimmter formeller und materieller Vorgaben sowie von Dokumentationspflichten voraussetzen. Ist ein solcher Ausnahmetatbestand erfüllt, entfallen das Durchführungsverbot



und die Genehmigungspflicht. Solche Freistellungstatbestände bestehen beispielsweise für

- Bestimmte Gruppen von Beihilfen, die von der EU-Kommission in **der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung** Nr. 651/2014 (AGVO) benannt worden sind.
- **Daseinsvorsorgeleistungen** (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss 2012/21/EU)

a) **Freigestellte Beihilfen nach der AGVO?**

Eine pauschale Freistellung von Bürgschaften und Zuschüssen für kommunale Eigen-gesellschaften enthält die **AGVO** nicht. Allerdings sind darin zahlreiche Einzeltatbestände zur Freistellung von Beihilfen für Investitionen und den Betrieb bestimmter Einrichtungen enthalten. Ob einer dieser Tatbestände der AGVO – die vergleichsweise geringe formale Anforderungen an eine Freistellung enthält – für das weitere Vorgehen nutzbar gemacht werden kann, müsste einzelfallbezogen mit Blick auf die jeweils erforderliche Investitionsmaßnahme (z.B. Modernisierung von Wohngebäuden zur Steigerung der Energieeffizienz) geprüft werden.

b) **Betrauungsmodell nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss**

In Betracht kommt eine Freistellung von der Notifizierungspflicht nach dem so genannten DAWI-Freistellungsbeschluss der EU-Kommission 2012/21/EU¹⁸. Dies würde voraussetzen, dass die Stadt die STEG mit der Erbringung einer oder mehrerer so genannter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. DAWI) betraut. Rechtsfolge einer ordnungsgemäßen Betrauung ist, dass der Ausgleich der mit der Erbringung der betrauten Tätigkeiten verbundene Verlust (sog. Nettokosten) ausgeglichen werden darf.

Die Betrauung erfolgt durch einen Betrauungsakt, wobei eine besondere Form hierfür nicht vorgeschrieben ist. Darin muss unter anderem die durch die STEG zu erbringende DAWI festgelegt werden.

¹⁸ Beschluss der EU-Kommission vom 20.12.2011, Az. K(2011)9380 endg.



aa) Grundsätze des DAWI-Begriffs

Der Begriff der DAWI ist seitens der EU-Kommission nicht trennscharf definiert. Die Kommission hat jedoch eine Mitteilung herausgegeben, in der sie die aus ihrer Sicht grundlegenden Aspekte einer DAWI beschreibt¹⁹. Danach handelt es sich bei DAWI um Tätigkeiten, die im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten besondere Merkmale aufweisen und die von einem Unternehmen im eigenen gewerblichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang oder zu den gleichen Bedingungen erbracht würde. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn diese Dienstleistung von Unternehmen zu Marktbedingungen im Hinblick auf die im öffentlichen Interesse zu stellenden Anforderungen an Qualität, Kontinuität und den Zugang zu Dienstleistungen nicht zufriedenstellend erbracht wird oder erbracht werden kann.

Insgesamt soll sich die Tätigkeit also als Dienstleistung darstellen, die zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht wird²⁰. Es obliegt in diesem Rahmen den Mitgliedstaaten, eine DAWI im Einzelfall festzulegen. Art. 14 AEUV zeigt, die allgemeine Bedeutung und den Stellenwert von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union, sodass jedenfalls in diesem Rahmen der Wettbewerb als Selbstzweck schwerlich isoliert stehen kann. Dafür spricht auch der Verweis auf Art. 4 EUV in Art. 14 AEUV. Nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV werden die Mitgliedstaaten in ihrer jeweiligen nationalen Identität geachtet, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommen. Zu diesen grundlegenden Strukturen gehören in vielen Mitgliedstaaten die Daseinsvorsorge und die damit verbundene Funktionsfähigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Dafür müssen die Mitgliedstaaten den notwendigen Freiraum haben, um die bei ihnen bestehenden grundlegenden Strukturen aufrechterhalten zu können. Diese betreffen auch die regionale und lokale Selbstverwaltung. Aufgrund der Selbstverwaltungshoheit der Stadt kann diese daher grundsätzlich bestimmen, welche Tätigkeiten aus ihrer Sicht in ihrem Gebiet als DAWI anzusehen sind.

¹⁹ Mitteilung der Kommission vom 11. Januar 2012, Az. 2012/C8/02.

²⁰ vgl. Mitteilung der EU-Kommission, a.a.O., Tz. 45 ff.



Im Zusammenhang mit der Einordnung von Tätigkeiten als DAWI hat die EU-Kommission, aufgrund des Beurteilungsspielraumes der Mitgliedsstaaten, nur eine Kontrollmöglichkeit auf offenkundige Fehler. Der Begriff der DAWI deckt sich nach unserem Verständnis auf Grundlage der Hinweise der EU-Kommission weitgehend mit dem nationalen Begriff der Daseinsvorsorge. Die Einstufung als ausgleichsfähige Gemeinwohlverpflichtung kommt insbesondere da in Betracht, wo der Markt ein entsprechendes Angebot von sich aus überhaupt nicht oder nicht im ausreichenden Maß bereitstellt. Dies sind die auch von der EU-Kommission erwähnten Fälle des Marktversagens.

bb) Bewirtschaftung von Wohnimmobilien als DAWI?

Fraglich ist allerdings, wie weit das Definitionsermessen der Stadt mit Blick auf die Gegebenheiten des Wohnungsmarktes reicht. Dabei steht nicht infrage, dass die öffentliche Wohnungswirtschaft grundsätzlich zu den DAWI zählen kann. Denn in Art. 2 Abs. 1 lit. c) DAWI-Freistellungsbeschluss ist der soziale Wohnungsbau ausdrücklich als betreuungsfähige Tätigkeit anerkannt. Soweit es also sozialen Wohnungsbau betrifft, sieht bereits die EU-Kommission eine Ausgleichsfähigkeit damit verbundene Verluste ausdrücklich vor.

Um in den Anwendungsbereich dieser Vorschriften zu kommen, muss die Tätigkeit der STEG dem von der EU-Kommission vertretenen Begriff des sozialen Wohnungsbaus entsprechen. Die EU-Kommission versteht darunter holzschnittartig die Überlassung von verbilligtem Wohnraum für benachteiligte Gruppen. Mit anderen Worten ist die verbilligte Überlassung von Wohnraum für alle Bürger aus Sicht der EU-Kommission nicht ohne weiteres Daseinsvorsorgeleistung. Modelle des sozialen Wohnungsbaus, in welchen ohne Einkommensgrenzen oder Prüfung der Benachteiligung durch staatliche Stellen in Konkurrenz zu privaten Vermietern verbilligt höher- oder hochwertiger Wohnraum für die Bevölkerung im Ganzen geschaffen wird, sind daher grundsätzlich kritischer zu sehen.

Eine entsprechend tragfähige DAWI-Definition muss daher die örtlichen Verhältnisse im Gebiet der Stadt Mayen in den Blick nehmen. Es müsste argumentiert werden können, dass vor Ort für die Art des von der STEG anzubietenden Wohnraums und die dafür geltenden Konditionen ein adäquates Angebot am Markt in der von der Stadt Mayen politisch gewünschten Weise nicht vorhanden ist. Diese Argumentation mag derzeit



leichter fallen, weil aufgrund der Entwicklungen des Mietwohnungsmarktes der vergangenen Jahre selbst mittlere Einkommensschichten – je nach Region – mittlerweile Probleme haben, sich zu adäquaten Kosten mit Wohnraum zu versorgen.

Inhalt einer solchen DAWI könnte z.B. die Bindung der Wohnungen für sozial schwache Bevölkerungsgruppen (definiert anhand eines bestimmten Jahresbruttoeinkommens) und/oder eine bestimmte Mietobergrenze sein. Die Einzelheiten wären hier näher zu besprechen und zu prüfen, falls diesem Modell nähergetreten werden soll.

cc) Zulässiger Ausgleich nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss

Nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss sind Ausgleichsleistungen gleich welcher Art zulässig. Der rechnerische Ansatz des Freistellungsbeschlusses geht dabei grundsätzlich davon aus, dass Perioden scharf die sogenannten Nettokosten der DAWI-Tätigkeit (tätigkeitsbezogene Kosten abzüglich tätigkeitsbezogene Einnahmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns) durch die öffentliche Stelle ausgeglichen werden dürfen. Ob dies in Form von Finanzierungsvorteilen, Zuschüssen oder durch Sacheinlagen geschieht, ist nicht entscheidend. Dabei erlaubt die Betrachtung einen Mehrjahresansatz, das bedeutet, dass beispielsweise größere Investitionen über die Dauer der Betrauung hinweg betrachtet werden dürfen und nicht Perioden scharf abgegrenzt werden müssen. Die Einzelheiten wären hier auszuarbeiten, sofern die Stadt diesem Modell näher tritt.

Voraussetzung einer zulässigen Ausgleichleistung ist dabei, dass die Kosten und Einnahmen der betrauten Tätigkeiten getrennt von sämtlichen anderen Tätigkeiten der Gesellschaft ermittelt werden. Dies erfordert eine buchhalterische Trennungsrechnung, sofern die Gesellschaft außer den betrauten Tätigkeiten noch weitere Tätigkeiten ausübt.

dd) Betrauung durch Betrauungsakt

Mit der beschriebenen DAWI müsste die STEG *betraut* werden. Das Merkmal der Betrauung setzt einen sog. Betrauungsakt voraus, der grundsätzlich für die Dauer von 10 Jahren und nur bei Vorliegen besonderer Umstände – wie etwa Investitionen – für einen längeren Zeitraum erteilt werden darf. Dieser Betrauungsakt kann auch in mehreren Verwaltungs- oder Rechtsakten bestehen.



Gemäß Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses müssen als Mindestinhalt das betraute Unternehmen sowie das betroffene Gebiet, der Gegenstand und die Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, sowie die Art und Dauer eines eventuellen gewährten ausschließlichen Rechts angegeben sein. Zudem müssen der Ausgleichsmechanismus sowie Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistung beschrieben werden. Die Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen müssen festgelegt werden. Schließlich muss auf den DAWI-Freistellungsbeschluss verwiesen werden.

Von besonderer Bedeutung ist, dass die Betrauung vor der Gewährung etwaiger beihilferelevanter Maßnahmen erfolgen muss. Zwar wird dieses Kriterium an keiner Stelle des DAWI-Freistellungsbeschlusses explizit genannt. Es ergibt sich jedoch aus der Vorgabe der Benennung der Parameter für die Berechnung des Kostenausgleichs (Art. 4 lit. d)) sowie aus dem Kontext des Beschlusses, insbesondere auch aus dem Urteil "Altmark Trans" des EuGH.²¹ Eine rückwirkende Rechtfertigung durch Betrauung ist grundsätzlich nicht möglich.

Eine zwingende Regelung zur Form des Betrauungsaktes gibt es dabei nicht. Aus der Rechtsprechung des EuGHs und der Entscheidungspraxis der Kommission ergibt sich diesbezüglich nur, dass es sich um einen rechtsverbindlichen Akt handeln muss. Die Stadt genießt insoweit Wahlfreiheit. Für die Vergangenheit könnte man vertreten, dass die Übernahme der jeweiligen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in der Vergangenheit im Rahmen eines so genannten „mehrstufigen Betrauungsakts“ erfolgte. Dieser wäre unter anderem in dem Gründungsbeschluss der STEG, der Satzung sowie etwaiger Stadtratsbeschlüsse hinsichtlich der Finanzierung der STEG zu sehen. Es ließe sich vor diesem Hintergrund argumentieren, dass nunmehr aus Gründen der Rechtssicherheit sowie der Transparenz ein zusammenfassender Betrauungsakt verabschiedet wird, der die bisher schon bestehende Verpflichtung des Eigenbetriebs bestätigt und bekräftigt. Auf dieser Grundlage bestünde für den Fall einer Beihilfenkontrolle jedenfalls eine Argumentationsgrundlage für die in der Vergangenheit gewährten Vorteile. Die Überzeugungskraft einer solchen Argumentation ist aber nicht zwingend.

²¹ Urteil vom 24. Juli 2003, Az. C-280/00.



Für einen nunmehr ggfls. zu gestaltenden Betrauungsakt können grundsätzlich verschiedene Handlungsformen gewählt werden. Im Allgemeinen werden Betrauungen in Form eines Verwaltungsakts, als Vertrag oder – bei Eigengesellschaften einer Gemeinde – im Wege eines Gesellschafterbeschlusses auf Grundlage eines Gemeinderatsbeschlusses umgesetzt.

ee) Steuerliche Gesichtspunkte

Die Betrauung der STEG müsste neben den Anforderungen des Beihilfenrechts auch steuerlichen Aspekten Genüge tun. Hierzu verweisen wir auf die Stellungnahme der HLB Dienst & Martini GmbH WPG.

(Umsatz-)steuerrechtlich ist von Bedeutung, dass die Leistung (etwaige Finanzierungsmaßnahmen durch die Stadt) und die zu erbringende DAWI nicht in einem so genannten synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Ein solches Verhältnis kann nach Ansicht der Finanzverwaltung zu einem Leistungsaustausch führen, welcher der Umsatzsteuer unterliegt.

c) Zusammenfassung Lösungsmodell 3:

Sofern künftig der Fortbetrieb der STEG mit dem Tätigkeitsfeld der Wohnraumbewirtschaftung aufrechterhalten und hierfür eine wie auch immer geartete finanzielle Unterstützung durch die Stadt Mayen gewährt werden soll, kann dies durch eine Betrauung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss beihilfenrechtlich in einem bestimmten Rahmen gerechtfertigt werden. Dieser Rahmen wird gezogen durch die von der Stadt Mayen zu definierende DAWI-Tätigkeit, wobei besonderes Augenmerk auf den von der EU-Kommission vertretenen Begriff des sozialen Wohnungsbaus zu richten ist. Wird dieser Begriff verlassen, muss insbesondere das für eine DAWI erforderliche Marktversagen besonders sorgfältig dokumentiert werden.

d) Kann im Lösungsmodell 3 eine 100 %-Bürgschaft rechtssicher umgesetzt werden?

Wie beschrieben, erlaubt das Betrauungsmodell Ausgleichsleistungen gleich welcher Art. Mit Blick auf die bisher erteilte Bürgschaft könnte daher die Frage aufgeworfen werden, ob nicht im Falle einer Betrauung mit einer DAWI eine 100 %-Bürgschaft ebenfalls



zulässig ist. Die Bürgschaftsmitteilung trifft hierzu in Ziffer 3.2 eine ausdrückliche Regelung (Hervorhebung nur hier):

„Diese Beschränkung auf 80 % gilt nicht für staatliche Garantien zur Finanzierung von Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beschränkt, mit der sie ordnungsgemäß betraut wurden, sofern die Garantie von der Behörde gegeben wird, die den Auftrag erteilt hat. Die Beschränkung auf 80 % findet Anwendung, wenn das betreffende Unternehmen andere Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt oder anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht.“

Ob also eine 100-Prozent-Bürgschaft im Falle einer Betrauung der STEG zulässig ist, hängt von den im Übrigen durch die Gesellschaft ausgeübten Tätigkeiten ab. Beschränkt sich künftig das Tätigkeitsspektrum auf die Ausführung der betrauten DAWI, so gilt in diesem Fall das 80-Prozent-Kriterium nicht mehr.

VI. Würde der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgeschlossen, wenn die STEG liquidationslos Vollbeendet und die Wohnungsbewirtschaftung im Kernhaushalt der Stadt Mayen (Vermögensverwaltung) organisiert würde?

Fraglich ist weiterhin, ob der Anwendungsbereich des EU Beihilfenrechts für die Tätigkeit der Wohnungsbewirtschaftung lediglich dann eröffnet ist, wenn diese durch die STEG durchgeführt wird. Hintergrund für diese Überlegung ist der eingangs dargestellte Tatbestand der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1a EUV, der eine Maßnahme aus staatlichen Mitteln zugunsten eines bestimmten **Unternehmens** voraussetzt.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die Stadt Mayen als Unternehmen im Sinne des EU-Beihilfenrechts gilt, wenn sie die genannte Tätigkeit selber ausführt. Diese Frage ist zu bejahen, wobei die Begründung, die auch in der Spruchpraxis der EU-Kommission bereits ihren Niederschlag gefunden hat, selbst für den mit deutschem Gemeinde- und Gesellschaftsrecht regelmäßig befassten Juristen nicht unmittelbar ins Auge springt.



Der Beihilfeempfänger muss, wie gesagt, ein **Unternehmen sein**. Der Begriff des Unternehmens ist unionsrechtlich definiert als „jede Einheit, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“. Eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne ist das Anbieten von Waren und/oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.²² Ein Indiz für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist, ob in diesem Bereich auch private Anbieter tätig sind und in der Folge grundsätzlich jeder weitere gewerbliche Anbieter die betreffende Tätigkeit übernehmen könnte. Diese Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit ist sehr weit zu verstehen und führt zu erheblichen Unsicherheiten bei der Abgrenzung von beihilferechtlich relevanten und beihilferechtlich irrelevanten Tätigkeiten. Grundsätzlich wird vorausgesetzt, dass für die unternehmerische Tätigkeit ein Markt besteht, der durch die Beihilfe beeinträchtigt werden kann. Es ist somit davon auszugehen, dass die hier in Rede stehende Vermietungstätigkeit eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die auf einem Markt - dem Wohnungsmarkt - angeboten wird.

Der Unternehmensbegriff ist somit also streng und allein tätigkeitsbezogen.²³ Die Bestimmung des wirtschaftlichen Charakters ist unabhängig davon, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat oder die Tätigkeit rentabel ist. Dies führt zu dem, dass ein Unternehmen im Sinne des nationalen Rechts mit manchen Tätigkeiten nach unionsrechtlichem Verständnis als unternehmerisch, mit anderen hingegen als nicht-unternehmerisch anzusehen sein kann. Soweit eine wirtschaftliche, also unternehmerische Tätigkeit nicht vorliegt, stellen dafür gewährte staatliche Ausgleichsleistungen keinesfalls Beihilfen dar. Liegt aber eine wirtschaftliche Tätigkeit vor, kommt es auf die rechtliche Verfasstheit der die Tätigkeit ausübenden „Einheit“ nicht entscheidend an. Denn letztlich zählt für den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts nur die wirtschaftliche Betätigung im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern. Bei einer entsprechenden Tätigkeit kommt daher auch der Staat mit seinen Untergliederungen als Unternehmen in Betracht. Es ist daher EU-beihilfenrechtlich vollkommen unstrittig, dass auch eine Gemeinde Beihilfeempfänger sein kann, wenn und soweit sie erwerbswirtschaftlich tätig wird; nicht aber, soweit sie lediglich ho-

²² EuGH Urt. v. 12.9.2000 – Rs. C-180/98, BeckRS 2004, 74737.

²³ Beihilfebekanntmachung Rn. 7ff.



heitlich als Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt, etwa im Hinblick auf die Flächennutzung²⁴.

Soweit eine solche wirtschaftliche Tätigkeit zu marktüblichen Bedingungen aus dem Haushalt der Stadt finanziert wird, ist die Stadt zugleich Beihilfegeber und Beihilfeempfänger. So führt die EU-Kommission in ihrer sogenannten „Trimini-Bad-Entscheidung“ ohne weiteres aus:

„Vor dem Beginn der Arbeiten am 25. Mai 2011 hat die Gemeinde Kochel am See (die sowohl Bewilligungsbehörde als auch Empfängerin der Beihilfe für ihre wirtschaftliche Tätigkeit im neuen Trimini-Komplex ist) [...]“

Festzuhalten ist daher: Soweit die Stadt Mayen in ihrem Kernhaushalt eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, ist sie selbst beihilfenrechtliches Unternehmen und kann durch marktunübliche Transfers durch staatliche Mittel begünstigt werden.

VII. Folgefrage: Bestehen dann dieselben EU-beihilfenrechtlichen Fragen wie bei Fortbetrieb der STEG?

Als Folgefrage drängt sich auf, ob bei einer Abwicklung der Wohnungsbewirtschaftung im Kernhaushalt dann dieselben beihilfenrechtlichen Problemstellungen bestehen, wie bei einem Fortbetrieb der STEG.

Augenfällig ist zunächst, dass die Stadt Mayen zur Sicherung von kommunal Kreditkonditionen für sich selbst keine Bürgschaften stellen muss. Denn die darlehensgewährenden Banken dürften schwerlich die vorstehende, nur EU-beihilfenrechtlich vorzunehmende Trennung zwischen der Stadt Mayen und dem (gedachten) Unternehmen „Stadt Mayen-Wohnungswirtschaft“ nachvollziehen. Haftungsverzicht ist so oder so die Stadt Mayen als Gebietskörperschaft. Die Problematik der Beihilfen rechtskonformen Bürgschaft stellt sich somit im Falle einer Übertragung in den Kernhaushalt nicht.

Allerdings bedingt die Errichtung eines Beihilfenrechts Lichen Unternehmens, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der Wohnungsbewirtschaftung Mayen frei von marktunübli-

²⁴ Bereits Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, Rz. 608.



chen, potentiell wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen sein müssen. Mit anderen Worten gelten die oben getätigten Ausführungen zu etwaigen Begünstigungen der Wohnungswirtschaft im Kernhaushalt in gleicher Weise. Die Hinnahme und dauerhafte Finanzierung eines Dauerverlustgeschäftes ist im Kernhaushalt beihilfenrechtlich ebenso problematisch, wie in einem Tochterunternehmen der Stadt.

Hinzu kommt, dass die EU-Kommission in der Vergangenheit bereits eine beihilfenrelevante Begünstigung von öffentlichen Unternehmen allein aufgrund deren rechtlichen Status für möglich gehalten hat. So hat die Kommission etwa in der Entscheidung zur Staatlichen Münze Baden-Württemberg²⁵ - einem Regiebetrieb des Landes Baden-Württemberg ohne eigene Rechtspersönlichkeit - angenommen, dass die aufgrund der Zugehörigkeit zum Landeshaushalt fehlende Insolvenzfähigkeit des Regiebetriebes für sich genommen zu einem beihilfenrelevanten Vorteil führen könne. Denn ein solcher Betrieb verfüge über eine „implizite Garantie“ der Trägerkörperschaft, die zu Vorteilen im Geschäftsverkehr führen könne. Um eine derartige Beihilfe auszuschließen, müssen nach Auffassung der EU-Kommission die Geschäftsbeziehungen mit a) Banken und Finanzinstituten, b) den Lieferanten und c) den Kunden des Unternehmens untersucht werden. In Bezug auf die Beziehung zu Banken und Finanzinstitute soll eine solche Begünstigung gegeben sein, wenn aufgrund des rechtlichen Status des Unternehmens die Tätigkeit günstiger finanziert werden könnte, als dies marktüblich wäre. Im konkreten Fall konnte die Kommission dieses Merkmal ausschließen, weil die staatliche Münze Baden-Württemberg zum einen vollständig vom Landeshaushalt getrennt agierte und zudem ihr die Aufnahme von Krediten untersagt war, sie ihre Tätigkeit also allein aus dieser Reden gewinnen im Wege der Innenfinanzierung ermöglichte. Im vorliegenden Fall würde aber das beihilfenrechtliche „Wohnungsbauunternehmen“ im Haushalt der Stadt Mayen von den Kommunalkreditkonditionen profitieren, die die Stadt aufgrund ihrer rechtlichen Insolvenzunfähigkeit erhält.

Damit kann jedoch nicht mehr ausgeschlossen werden, dass - unabhängig von sonstigen Finanzierungsmaßnahmen, die marktüblich, also rentabel sein müssen - eine beihilfen-

²⁵ KOM v. 26.10.2015, SA.39094.



relevante Begünstigung bereits dann besteht, wenn die erforderlichen Kredite zu Kommunalkreditkonditionen abgeschlossen werden können.

Insofern: Auch wenn eine explizite Bürgschaft bei Übertragung in den Kernhaushalt nicht erforderlich ist, führt die Kommissionspraxis zu der Annahme einer impliziten Garantie qua Rechtsform, die ihrerseits beihilfenrechtlich problematisch sein kann. Dies jedenfalls dann wenn man - dies sei zum wiederholten Male gesagt - die Tätigkeit für nicht nur lokal relevant hält.

Es bestehen daher bei Markt unüblicher Gestaltung der Verhältnisse im Kernhaushalt dieselben beihilfenrechtlichen Themen, wie bei Fortbetrieb der STEG. Nach unserer Einschätzung ist jedoch die Wahrscheinlichkeit, dass ein solcher Vorgang durch einen Konkurrenten oder die EU-Kommission aufgegriffen wird, graduell geringer.

VIII. Wie ist diese Thematik im Kernhaushalt zu lösen?

Bei Abwicklung der Wohnungswirtschaft im Kernhaushalt bestehen dieselben EU-beihilfenrechtlichen Instrumentarien wie bei Fortbetrieb der STEG. Aus der Einstufung der Wohnungsbewirtschaftung als Unternehmen der Stadt Mayen ergibt sich in der Folge auch, dass dieses in den Anwendungsbereich des DAWI-Freistellungsbeschlusses fällt.

Zur Umsetzung eines Betrauungsaktes kommt jedoch ausschließlich ein Stadtratsbeschluss mit verwaltungsinterner Umsetzung in Betracht, da der Stadt Mayen weder ein Vertragspartner noch ein tauglicher Adressat eines Verwaltungsaktes der Stadt gegenübersteht. Insofern beschränkt sich die Betrauung in diesem Fall auf einen Betrauungsakt, den die Stadt Mayen der Verwaltung zur Umsetzung im Rahmen der Wohnungswirtschaft aufgibt, um die Einheitlichkeit der Gemeindeverwaltung zu wahren. In diesem Zusammenhang kann der Stadtrat auch Weisungen beschließen, die eine beihilferechtliche Finanzierung der Tätigkeit gewährleisten. Über die Wohnungswirtschaft ist in diesem Fall eine getrennte Buchführung einzurichten.

Wegen der steuerlichen einer solchen Betrauung verweisen wir auf die Stellungnahme der HLB Dienst & Martini GmbH WPG.



MARTINI·MOGG·VOGT

RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

- 34 -

Koblenz, 18.11.2021
RA Klumb