

InfrastrukturRecht

Energie · Verkehr · Abfall · Wasser

Geschäftsführende Herausgeber

Hans-Joachim Reck
VKU
Dr. Christian Theobald
BBH

Herausgeber

RiBVerfG Prof. Dr. Gabriele Britz
Bundesverfassungsgericht

Christian Held
BBH, GEODE

Prof. Dr. Georg Hermes
Universität Frankfurt a.M.

Folkert Kiepe
Deutscher Städtetag

Prof. Dr. Christian Koenig
Universität Bonn

Dr. Carsten Kreklau
BDI

Prof. Dr. Jürgen Kühling
Universität Regensburg

Jens Lattmann
Deutscher Städtetag

Andrees Gentzsch
BDEW

Reiner Metz
VDV

Dr. Christiane Nill-Theobald
TheobaldConsulting

Prof. Dr. Jens-Peter Schneider
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Adolf Topp
AGFW

In Zusammenarbeit mit der
Neuen Juristischen Wochenschrift

Sonderausgabe „Kommunales Infrastruktur-Management“

Inhaltsverzeichnis

Editorial	242
Energie	
<i>J. Schendel:</i> Investitionsanreize in der Anreizregulierung: Schritte vorwärts und zurück	242
<i>D. Tischmacher:</i> Wettbewerb um Strom- und Gaskonzessionen	246
<i>S. Gauggel:</i> Öffentliche Ladeinfrastruktur für Elektromobile	252
<i>A. Schröder/C. Wiesner:</i> Der Aufbau und Betrieb von öffentlicher Schnellladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge unter wirtschaftlicher Betrachtung	257
<i>M. Nofz/R. Schomaker:</i> Aktuelle Herausforderungen der E-Mobility-Infrastruktur	262
Verkehr	
<i>H.-W. Franz:</i> Entscheidungsoptionen bei der Berliner S-Bahn	266
<i>Ch. Gipp/S. Gerdes:</i> Zukunftsfähiger ÖPNV in ländlichen Regionen trotz demographischer Zwänge!	268
<i>D. Runge:</i> „Give and Take“ im britischen Bus-Linienverkehr	271
<i>A. Karl/Ch. Schaaffkamp:</i> Finanzierungsmöglichkeiten des ÖPNV außerhalb von Verträgen	275
<i>E. van Engelshoven/R. Hoopmann:</i> Möglichkeiten und Grenzen für die Ausschreibung von S-Bahn-Systemen in Deutschland	279
<i>O. Mietzsch:</i> Non-Fiscal Instruments of Public Transit Infrastructure Funding	283
Wasser	
<i>F. Lauruschkus/J. Rehberg:</i> Die Kundenbilanz der Wasserwirtschaft	287
<i>P. Gussone:</i> Die Kontrolle von Wasserentgelten oder die Frage, wer prüft was	290
<i>M. Hellriegel/Th. Schmitt:</i> Mehr Wettbewerb in der Wasserwirtschaft?	294
<i>E. Gawel:</i> Art. 9 WRRL als Herausforderung für die Kalkulation von Wassergebühren und -entgelten	299
<i>R. Steinfels et al.:</i> Ökonomische Bewertung von Wasserversorgungsnetzen	303
<i>G. Schiller:</i> Kostenmodell zur Bewertung der Transformation von Abwassersystemen	307
<i>F. Otillinger/V. Szymansky:</i> Die deutsche Wasserwirtschaft ist leistungsfähig	311
PPP	
<i>N. Emme:</i> PPP im Krankenhausbau	314
Kommunale Infrastruktur	
<i>H. Mühlenkamp:</i> Empirische Ergebnisse zur (In-)Effizienz öffentlicher Unternehmen	318
<i>R. Stober:</i> Sicherheitspartnerschaften mit Privaten zur Verkehrsüberwachung	323
<i>M. Hesse/O. Rottmann:</i> Sozialrendite kommunaler Wohnungsunternehmen	324
<i>M. Hellriegel/L. Teichmann:</i> Infrastruktur in der Krise	328
Beihilfenrecht	
<i>Ch. Jung:</i> Aktuelle Entwicklungen im Beihilfenrecht – Die 6. Jahresfachkonferenz der Europäischen Akademie für Steuern, Wirtschaft & Recht: „EU-Beihilfenrecht in deutscher Praxis“	332

Nr. 11 • 10. November 2011

8. Jahrgang

Mit Internet-Volltext-Service www.IR.beck.de der besprochenen Entscheidungen

Verlag C.H.Beck München und Frankfurt a.M.

ergibt, dass das Aufhebungsinteresse ausnahmsweise das Bestandsinteresse und den Vertrauensschutz des Genehmigungsinhabers überwiegt.

Aktuelle Entwicklungen im Beihilfenrecht – Die 6. Jahresfachkonferenz der Europäischen Akademie für Steuern, Wirtschaft & Recht: „EU-Beihilfenrecht in deutscher Praxis“

*Rechtsanwalt Dr. Christian Jung, Köln**

Auch in den Jahren 2010 und 2011 stand die Weiterentwicklung des Beihilfenrechts zu einem effektiv und sicher handhabbaren Kontrollinstrument im Fokus der europäischen Marktordnungspolitik. Die im Juni 2005 mit dem „Aktionsplan Staatliche Beihilfen“¹ angestoßene Reform der gesamten Beihilfenpolitik hat trotz ihrer formalen Befristung auf fünf Jahre das europäische Beihilfenrecht nicht zu einem inhaltlichen Endzustand geführt. Neue Herausforderungen verlangen nach neuen Lösungen, und die Rechtsentwicklung muss notwendigerweise darauf reagieren. So war es in diesem Jahr allenfalls Zeit für ein Zwischenresümee.

Dem widmete sich die Europäische Akademie für Steuern, Wirtschaft & Recht in ihrer nunmehr 6. Jahresfachkonferenz zu dem Thema „EU-Beihilfenrecht in deutscher Praxis“ am 12. und 13.9.2011 in Berlin. Die Beihilfenrechtstagungen der Europäischen Akademie für Steuern, Wirtschaft & Recht haben längst Tradition und bieten jedes Jahr eine herausragende Gelegenheit, sich auf höchstem Niveau mit neuen Entwicklungen des europäischen Beihilfenrechts und deren Auswirkungen auf die deutsche Rechtspraxis vertraut zu machen. Ausgelöst durch die umfassende Reforminitiative der *Kommission* im Jahr 2005 veranstaltete die Europäische Akademie ihre erste Jahresfachtagung zu diesem Thema im Oktober 2006 in Berlin und blieb seither jedes Jahr am Puls der Rechtsentwicklung.

In diesem Jahr standen aus aktuellem Anlass die beihilfenrechtlichen Grenzen der öffentlichen Finanzierung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Vordergrund. Vier von insgesamt zwölf Vorträgen beschäftigten sich unmittelbar oder im weiteren Sinne mit dieser Problematik. Damit zielte die Fachtagung der Europäischen Akademie auf eines der Zentralfelder des aktuellen beihilfenrechtlichen Geschehens, denn seit März dieses Jahres hat die *Europäische Kommission* die Reform des gesamten „Altmark-Pakets“ konkret in Angriff genommen², ein verpflichtender Standard für die verstärkte Beachtung etwaiger Beihilfenrechtsverstöße bei Jahresabschlussprüfungen stand an den Konferenztagen unmittelbar vor seiner Veröffentlichung, und schon im Februar dieses Jahres hatte der *BGH* – im Fall der Nutzung von Verkehrsinfrastrukturen – Konkurrenten eines begünstigten Unternehmens einen eigenen Anspruch gegen die beihilfengewährende Stelle auf Rückforderung der jeweiligen Begünstigung zugebilligt³.

Die weiteren Vorträge beschäftigten sich mit genuin europäischen Reformen des Beihilfenrechts, den Wechselwirkungen zwischen Beihilfenrecht und anderen unternehmerisch relevanten Rechtsgebieten, namentlich Steuerrecht, Vergaberecht und Umweltrecht, sowie mit aktuellen Fragen der Anwendung von Beihilfenrecht in der Finanzwirtschaft.

Insgesamt vermittelten zwölf hochkompetente Referenten aus den Reihen der *Europäischen Kommission*, der Ministerialverwaltung und der Rechtsberatung unter dem Vorsitz von *Prof. Dr. Joachim Erdmann* und *Dr. Tobias Traupel* in zwölf Vorträgen allen Teilnehmern einen exzellenten Überblick zu den derzeit zentralen Aspekten der Beihilfenrechtsanwendung. Schon bei der Auswahl der Vortragsthemen hatte die Europäische Akademie für Steuern, Wirtschaft & Recht ausgeprägten Sinn für Aktualität und Praxisrelevanz bewiesen. So wurde den Konferenzteilnehmern eine gelungene Mischung aus beihilfenrechtlichen Grundlagenproblemen und aktuellen Themen geboten, welche gegenwärtig die Fachöffentlichkeit und die Politik bewegen. Die Auswahl der Referenten gewährleistete eine Präsentation aus erster Hand – meist durch die zuständigen Entscheidungsträger in den Bundes- und Landesministerien. Ihnen gelang es durchwegs, sowohl das „Handwerkszeug“ der beihilfenrechtlichen Dogmatik als auch komplexe Zusammenhänge mit anderen Rechtsmaterien und in den betroffenen Märkten didaktisch fundiert und anschaulich zu vermitteln. Das Ergebnis war eine echte Hilfestellung für den Rechtsanwender vor Ort. Wer diese Fachkonferenz besucht hat, ist für alle beihilfenrechtlichen Probleme der öffentlichen Wirtschaft sensibilisiert und in der Lage, Fallstricke zielsicher zu erkennen. Im Einzelnen referierten

- Frau *Barbara Brandtner* von der Generaldirektion Wettbewerb der *Europäischen Kommission* zum aktuellen Stand und ersten Erfahrungen mit der europäischen Beihilfenverfahrensreform;
- Frau *Kristina Haverkamp*, Leiterin des Referats „Beihilfenkontrollpolitik“ im *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, zur Reform der Leitlinien für Regionalbeihilfen⁴ ab 2014;
- *Dr. Tobias Traupel*, Leiter der Gruppe „Wirtschaftsrecht Europa“ im *Wirtschaftsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen*, zur Reform des sog. „Altmark-

* Der Autor ist Rechtsanwalt der auf Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten überörtlichen Partnerschaft Becker Büttner Held, Köln.

1 *Europäische Kommission*, Aktionsplan Staatliche Beihilfen, Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009, 7.6.2005, KOM(2005) 107 endg.

2 Mitteilung der *Europäischen Kommission*, Reform der EU-Beihilfenvorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, 23.3.2011, KOM(2011) 146 endg.

3 *BGH*, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 136/09 („Frankfurt-Hahn“); *BGH*, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 213/08 („Lübeck-Blankensee“).

4 *Europäische Kommission*, Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007 – 2013, ABI.EU 2006 Nr. C 54/13.

- Pakets“ betreffend die öffentliche Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse;
- Herr *Oliver Mietzsch*, Hauptreferent für Verkehr beim *Deutschen Städtetag*, zu dem besonderen Beihilfenregime der VO (EG) Nr. 1370/2007⁵ für den öffentlichen Personennahverkehr;
 - *Prof. Dr. Joachim Erdmann*, Leiter des Referats „Unternehmenssanierung und Wirtschaftsrecht“ des *niedersächsischen Wirtschaftsministeriums* und Vorsitzender der Prüfungsstelle für Wirtschaftsprüfer in Hamburg, zu dem Entwurf eines Prüfungsstandards betreffend staatliche Beihilfen (IDW EPS 700);
 - Frau Rechtsanwältin *Gabriele Quardt* zur Durchsetzung beihilfenrechtlicher Konkurrentenklagen vor deutschen Zivilgerichten;
 - Herr *Henrik Liß*, Referent für Europäisches Beihilfenrecht im *Bundesministerium der Finanzen*, zu den allgemeinen Auswirkungen des Beihilfenrechts auf das deutsche Steuerrecht;
 - Frau *Vera Fiebelkorn*, Leiterin des Referats „EU-Finanzkontrolle“ im *brandenburgischen Finanzministerium*, und *Dr. Hans Arno Petzold*, Referent für EU-Angelegenheiten im *Wirtschaftsministerium des Landes Schleswig-Holstein*, zum Spannungsverhältnis zwischen europäischem Beihilfenrecht und Umsatzsteuerrecht;
 - Herr *Sven Kaiser*, Referent für Beihilfenkontrollpolitik im *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, zur Einbindung des deutschen Bankenrestrukturierungsgesetzes in das europäische Beihilfenrecht;
 - Herr *Carsten Buhmann* von der Investitionsbank Sachsen-Anhalt zur Berechnung von Beihilfewerten, insbesondere des Bruttosubventionsäquivalents, bei Darlehensinstrumenten;
 - *Dr. Tobias Traupel* in seinem zweiten Vortrag zu den Interdependenzen von Vergaberecht und Beihilfenrecht im Lichte neuer Rechtsprechungsentwicklungen;
 - und zuletzt Herr *Christian Ernstberger*, Referent für Förderungsangelegenheiten im *Bundesumweltministerium*, zur Vereinbarkeit der neuen deutschen Vorschriften zur Energiewende mit dem Umweltbeihilfenrecht.

Eine inhaltliche Zusammenfassung aller dieser informationsgeladenen und qualitativ hochkarätigen Vorträge

würde den Rahmen dieses Tagungsberichts weit überschreiten. Stattdessen sollen stellvertretend die Vorträge etwas näher beleuchtet werden, die sich mit dem zentralen Themenkomplex der 6. Jahresfachkonferenz beschäftigten: dem beihilfenrechtlichen Rahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Den Auftakt dieses Konferenzteils bildete die Darstellung der anstehenden Reform des sog. „Altmark-Pakets“ der *Europäischen Kommission*. Dankenswerterweise hatte Herr *Dr. Traupel* diesen Vortrag wegen Verhinderung des ursprünglich vorgesehenen Referenten, *Dr. Christof Lessenich* von der Generaldirektion Wettbewerb der *Europäischen Kommission*, übernommen. Ein Nachteil war mit diesem Revirement für die Teilnehmer sicher nicht verbunden, denn, wie Herr *Dr. Traupel* zutreffend bemerkte, wären zum damaligen Zeitpunkt von einem Kommissionsmitarbeiter kaum inhaltlich präzise Aussagen zu erwarten gewesen. Am 12.9.2011 war nämlich der Entwurf des Reformpakets noch nicht veröffentlicht; dies geschah erst einige Tage später, am 16.9.2011, mit Freischaltung der entsprechenden Dokumente auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb⁶. So konnte auch Herr *Dr. Traupel* nur aus der Sicht des Reformbedarfs der Mitgliedstaaten und aus seiner Kenntnis der Diskussionen zu den Vorstellungen der *Kommission* die Altmark-Reform darstellen. Seinen zugegebenermaßen etwas beschränkteren Möglichkeiten, mit Details der neuen Regelungen aufzuwarten, verdankte das Auditorium jedoch eine hervorragende Einführung in die dogmatischen Grundlagen der beihilfenrechtlichen Besonderheiten bei der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interessen (nachfolgend hier: „DAWI“), eine stringente und gut aufbereitete Darstellung von Zweck und Inhalt des gegenwärtigen Altmark-Pakets sowie der damit verbundenen Anwendungsprobleme. Mit eingehendem Blick auf die Kritik Deutschlands und anderer Mitgliedstaaten im Rahmen des von der EU angestoßenen Konsultationsprozesses im Sommer 2010 konnte sodann überzeugend herausgearbeitet werden, warum eine Reform des Beihilfenregimes für DAWI für erforderlich gehalten wird und welche Änderungen von Seiten der *Kommission* zu erwarten sind. Dabei trafen die Prognosen von Herrn *Dr. Traupel* erstaunlich genau die kurz darauf publik gewordenen Kommissionsvorschläge.

Nachdem der *EuGH* in seinem Grundsatzurteil vom 24.7.2003 in der Sache „Altmark Trans“⁷ klar herausgestellt hatte, dass auch für die Sicherung von DAWI erbrachte Ausgleichsleistungen der öffentlichen Hand grundsätzlich Beihilfen sind und nur unter vier kumulativ anwendbaren Voraussetzungen nicht unter den Beihilfenbegriff fallen, befürchteten alle Beteiligten eine kaum mehr beherrschbare Flut von Notifikationsverfahren. Nach entsprechenden Initiativen der Kommunalwirtschaft reagierte die *Kommission* darauf im November 2005 mit drei Rechtsakten, die zusammen als „Altmark-Paket“ bezeichnet werden: der sog. Freistellungsentscheidung⁸, dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche

5 VO (EG) Nr. 1370/2007 des *Europäischen Parlaments* und des *Rates* v. 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Straße und Schiene, AB1.EU 2007 Nr. L 315/1.

6 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html (zuletzt abgerufen: 9.10.2011).

7 *EuGH*, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 („Altmark Trans“).

8 Entscheidung der *Kommission* v. 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 II EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten, mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, AB1.EU 2005 Nr. L 312/67.

Beihilfen⁹, die als Ausgleich für DAWI gewährt werden, und einer Verschärfung der damaligen Transparenzrichtlinie¹⁰. Die *Kommission* versuchte damit, allgemeingültige und möglichst präzise Leitlinien dafür zu schaffen, unter welchen Voraussetzungen staatliche Ausgleichsleistungen für DAWI mit dem Binnenmarkt als vereinbar angesehen werden können und u.U. sogar von der Notifizierungspflicht des Art. 108 III AEUV befreit sind. Weder die Freistellungsentscheidung noch der Gemeinschaftsrahmen übernahm die Forderung des *EuGH*, dass die Höhe der Ausgleichsleistung die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens nicht überschreiten dürften. Dieses sog. 4. Altmark-Trans-Kriterium hatte sich in der Kommissionspraxis als unerfüllbar erwiesen, denn damit meinte der *EuGH* das Kostenniveau, das sich bei einer Ausschreibung einstellen würde, und kaum eine DAWI wird jemals ausgeschrieben. Während der Gemeinschaftsrahmen Ausgleichsleistungen für DAWI, sofern sie in einem Betrauungsakt festgelegt und mit einer Überkompensationssperre versehen sind, nach wie vor einer Notifizierungspflicht bei der *Europäischen Kommission* unterwirft, geht die Freistellungsentscheidung noch einen Schritt weiter: Sie befreit Ausgleichsleistungen in ihrem Anwendungsbereich sogar von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung bei der *Europäischen Kommission* und ermöglicht damit im Extremfall eine dauerhafte Finanzierung ineffizienter Daseinsvorsorgeleistungen außerhalb des Beihilfenrechts.

Diese weitreichende Befreiung von den Zwängen des Beihilfenrechts wurde von nationalen Vertretern der Sozial- und Kulturpolitik begrüßt, mit dem Argument, für diese Bereiche öffentlicher Daseinsvorsorge sei das Beihilfenrecht ohnehin ungeeignet. Unternehmensnahe Interessengruppen führten im Konsultationsprozess dagegen an, dass die Erfüllung einer sozialen Aufgabe nicht von der funktionalen Unternehmereigenschaft befreie. Schließlich gebe es auch privatwirtschaftlich organisierte Anbieter sozialer Dienstleistungen, und diese dürften durch eine unkontrollierte öffentliche Finanzierung ihrer Konkurrenten nicht vom Markt verdrängt werden.

Des Weiteren hatten sich in der Anwendungspraxis des „Altmark-Pakets“ eine Reihe ernsthafter rechtsdogmatischer Probleme herausgestellt. Unklar ist z.B., ob mit dem Begriff „Unternehmen“ die Kommune insgesamt mit all ihren unternehmerischen Tätigkeiten oder nur die einzelne leistungserbringende Stelle gemeint ist. Davon hängt entscheidend der Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung ab. Ferner blieb trotz eindeutiger *EuGH*-Rechtsprechung¹¹ bis heute umstritten, welche Rechtsform ein Betrauungsakt haben muss. Auch die Berechnung der zulässigen Ausgleichsleistung unter Berücksichtigung einer „angemessenen Rendite“¹² bereitet in der Praxis große Probleme.

Darauf hat die *Kommission* in ihrem unlängst veröffentlichten Entwurf einer Reform des „Altmark-Pakets“ reagiert.

Die Reform soll aus vier Dokumenten bestehen: einer allgemeinen Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf DAWI, einer neuen, DAWI-spezifischen De-minimis-Verordnung, einem neuen Freistellungsbeschluss, in dessen Anwendungsbereich DAWI ohne Notifizierung finanziert werden können, und einem neuen EU-Rahmen für die Bestimmung zulässiger Ausgleichsleistungen bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen. Eigene rechtsgestaltende Akzente kann die *Europäische Kommission* freilich nur dort setzen, wo der AEUV und die Rechtsprechung noch Gestaltungsspielräume lassen oder sie sekundärrechtlich ausdrücklich dazu ermächtigt wird. Die vielfach gewünschten normativen Klarstellungen finden sich deshalb wiederum nur in Leitlinien, Mitteilungen und Begründungserwägungen.

Eine Konzentration auf das Wesentliche durch Zurücknahme der Beihilfenkontrollintensität bei rein lokalen Fördermaßnahmen versucht die neue De-minimis-Verordnung. Mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Märkte für DAWI geht die geplante Verordnung davon aus, dass Beihilfen an solche Dienstleister, die mit 150.000 EUR pro Jahr wesentlich höher liegen als nach der allgemeinen De-minimis-Verordnung¹³, den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen oder zumindest den Wettbewerb nicht verfälschen. Konsequenterweise wird diese großzügige Freigrenze nur für Beihilfen von Kommunen mit weniger als 10.000 Einwohnern an Unternehmen mit weniger als 5 Mio. EUR Jahresumsatz gelten, wobei man sich fragt, ob die lokale Beschränkung damit nicht zu weit getrieben wurde.

Oberhalb dieser lokalen Bagatellschwellen wird künftig ein größerer Kreis von Unternehmen in die besonderen Privilegien des Freistellungsbeschlusses einbezogen werden, der auf der Grundlage von Art. 106 II AEUV ebenfalls von einer Einzelfallanmeldung bei der *Europäischen Kommission* entbindet. Anders als nach der gegenwärtig noch maßgebenden Freistellungsentscheidung werden alle Unternehmen, die DAWI erbringen, ohne Rücksicht auf ihre erwirtschafteten Jahresumsätze, in den Anwendungsbereich des neuen Freistellungsbe-

9 Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl.EU 2005 Nr. C 297/4.

10 Richtlinie 2005/81/EG der *Kommission* v. 28.11.2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl.EU 2005 Nr. L 312/47.

11 Vgl. *EuGH*, C-159/94, Slg. 1997, I-5815 Rdnr. 65 („Kommission/Frankreich“), *EuG*, T-289/03, Slg. 2008, II-81 Rdnr. 172, 181 („BUPA“); weitere Nachweise bei *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 AEUV Rdnr. 40 – 42.

12 Vgl. Entscheidung der *Kommission* v. 28.11.2005 („Freistellungsentscheidung“), Art. 5 I u. IV, ABl.EU 2005 Nr. L 312/67.

13 VO (EG) Nr. 1998/2006 der *Kommission* v. 15.12.2006 über die Anwendung der Art 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl.EU 2006 Nr. L 379/5.

schlusses fallen. Derart großzügig werden bisher nur Krankenhäuser und soziale Wohnungsbauunternehmen behandelt¹⁴. Andererseits halbiert sich das Volumen der notifizierungsfrei zulässigen Ausgleichsleistungen von 30 Mio. EUR auf 15 Mio. EUR pro Jahr. Erfreulicherweise wird sich in dem neuen Freistellungsbeschluss eine dogmatische Klarstellung zur Rechtsnatur des Betrauungsakts finden, mit der sich die *Europäische Kommission* wieder deutlich der Judikatur des *EuGH* annähert. Im Gegensatz zur Freistellungsentscheidung, die lediglich von „Verwaltungs- oder Rechtsakte[n]“ spricht¹⁵, verlangt die Definition der Betrauung in Art. 3 des neuen Freistellungsbeschlusses eine Pflichtenübertragung „... im Wege eines oder mehrerer Hoheitsakte“, in denen auch die „Parameter für die Berechnung ... der Ausgleichsleistungen“ festgelegt sein müssen. Deutliche Präzisierungen und damit ein Plus an Rechtssicherheit bringt der Freistellungsbeschluss ferner bei der Bemessung des „angemessenen Gewinns“.

Bezüglich solcher DAWI-Ausgleichsleistungen, welche auch die Grenzen des Freistellungsbeschlusses überschreiten, kommt der revidierte EU-Rahmen – bisher der Gemeinschaftsrahmen – zur Anwendung. Er enthält Leitlinien zur Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen die *Kommission* derartige Beihilfen gem. Art. 106 II AEUV außerhalb des materiellen Beihilfenrechts stellen wird, wobei eine Notifizierung nach Art. 108 III AEUV interessanterweise erforderlich bleiben soll. Der EU-Rahmen ist eine bloße Mitteilung der *Kommission*, daher ohne Rechtsverbindlichkeit nach außen. Inhaltlich deckt sich der EU-Rahmen weitgehend mit dem Freistellungsbeschluss. Auch hier wird für die Betrauung ein „offizieller Akt“ verlangt, der einem Unternehmen bestimmte Verpflichtungen im gemeinwirtschaftlichen Interesse auferlegt und die Parameter für die Berechnung der erforderlichen Ausgleichsleistung vorab definiert. Bei der Bestimmung der beihilfenneutral ausgleichsfähigen Defizite geht der EU-Rahmen jedoch wesentlich mehr ins Detail als der Freistellungsbeschluss. Es finden sich dort genaue, bis in die technischen Einzelheiten gehende Festlegungen der *Europäischen Kommission* zu den berücksichtigungsfähigen Nettokosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen, den dagegengzurechnenden Einnahmen, zur Bestimmung eines „angemessene[n] Gewinn[s]“ und den Effizienzanreizen, welche die *Kommission* nunmehr bei jedem Ausgleichsmodell verlangt. Gerade bei der Kostenermittlung und der Gestaltung eines Effizienzanreizes setzt der EU-Rahmen auch inhaltlich andere Akzente als der Freistellungsbeschluss. Nach den dort vorgesehenen Methoden wird sich der Berechnungs- und Nachweisaufwand für Dienstleister und beihilfengewährende Stellen wesentlich vergrößern.

Unter Berücksichtigung der geplanten Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf DAWI,

die dem reformierten „Altmark-Paket“ gleichsam als allgemeiner Teil vorangestellt sein wird, erreicht die *Kommission* mit den neuen Vorschriften ein deutlich höheres Maß an Klarheit in den Anwendungsvoraussetzungen und damit an Rechtssicherheit. Zugleich bewirkt die Ausweitung des Ausnahmbereichs durch die neue De-minimis-Verordnung und den revidierten Freistellungsbeschluss eine Konzentration der Beihilfenkontrolle auf die tatsächlich wettbewerbsrelevanten Fälle.

Aufbauend auf der sehr instruktiven Grundlageneinführung von *Dr. Traupel* zu dem Thema „Beihilfen und DAWI“ erläuterte Herr *Mietzsch* die Besonderheiten bei der staatlichen Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs. Diese ergeben sich sowohl in beihilfenrechtlicher als auch in vergaberechtlicher Hinsicht aus der VO (EG) Nr. 1370/2007. Das Altmark-Paket gilt für den Landverkehr weder in seiner gegenwärtigen noch in seiner künftigen Fassung. Allerdings ist der Rahmen, den die VO (EG) Nr. 1370/2007 setzt, sogar noch großzügiger: Unternehmen, die mit der Pflicht zur Durchführung von öffentlichen Verkehrsleistungen betraut sind, können ohne Rücksicht auf ihre Wirtschaftsleistung Erstattung aller gemeinwohlspezifisch begründeten Defizite in unbegrenzter Höhe verlangen. Von der Pflicht zur Anmeldung bei der *Kommission* (Art. 108 III AEUV) sind solche Verkehrsbeihilfen grundsätzlich freigestellt. Ein Zwang, das Kostenniveau eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu erreichen, besteht nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 gerade nicht mehr. Vielmehr ist an die Stelle des sog. 4. Altmark Trans-Kriteriums lediglich die Forderung nach einem Anzeilelement getreten, aber diese ist in Ziff. 7 des Anhangs zu der genannten Verordnung relativ schwach ausgeprägt. Aufgrund solcher Beobachtungen wurde in der Diskussion zu dem Vortrag von Herrn *Mietzsch* letztlich die Frage aufgeworfen, ob sich die öffentliche Verkehrswirtschaft mit der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht ein Sonderrecht geschaffen habe, das ihr im Ergebnis gestattet, nach „Altmark Trans“ weiterzuwirtschaften wie bisher.

Dass dies künftig nicht mehr ungestört gelingen wird – dafür werden ab dem laufenden Geschäftsjahr wohl vor allem die Wirtschaftsprüfer sorgen. Nachdem es in den Jahren 2004 und 2005 schon einmal erste Initiativen des Instituts der Wirtschaftsprüfer („IDW“) gegeben hat, Beihilfenrechtskonformität mittels einer Verlautbarung in den Blickpunkt einer Jahresabschlussprüfung zu rücken, hat der Hauptausschuss des IDW am 23.6.2010 den Entwurf eines echten Prüfungsstandards zu diesem Problemkreis („EPS 700“) vorgelegt. Über dessen Inhalt und Auswirkungen auf den Bestätigungsvermerk zu den Jahresabschlüssen öffentlicher Unternehmen berichtete umfassend und mit der Souveränität langjähriger praktischer Erfahrung *Prof. Dr. Joachim Erdmann*. Der Referent wies gleich zu Beginn seines Vortrags darauf hin, dass die Veröffentlichung der Endfassung dieses Prüfungsstandards – als „PS 700“ – unmittelbar bevorstehe, was kurz darauf im Oktober-Heft der IDW-Nachrichten auch geschah. Dem Erkenntnisgewinn, den die

14 Entscheidung der *Kommission* v. 28.11.2005 („Freistellungsentscheidung“), Art. 2 I lit. b), ABl.EU 2005 Nr. L 312/67.

15 Entscheidung der *Kommission* v. 28.11.2005 („Freistellungsentscheidung“), Art. 4 S. 1, ABl.EU 2005 Nr. L 312/67

Konferenzteilnehmer aus dem Vortrag von Prof. Erdmann ziehen konnten, tat dies jedoch keinen Abbruch. Prof. Erdmann war über den Diskussionsstand innerhalb des IDW vollständig informiert, und die wesentlichen Inhalte des Entwurfs haben sich in der Endfassung des PS 700 nicht verändert. Wichtig war Herrn Prof. Erdmann die Weckrufffunktion dieses Prüfungsstandards. Eine Jahresabschlussprüfung kann und soll eine vollständige beihilfenrechtliche Bewertung der Unternehmensfinanzierung nicht ersetzen. Allerdings werden Unternehmen wie Abschlussprüfer nun ausdrücklich gezwungen, sich der Risiken eines Beihilfenrechtsverstößes bewusst zu werden und diese in den jeweiligen Jahresabschlüssen zutreffend abzubilden. Die Aufgabe, darüber zu wachen, gehört nach Einschätzung von Prof. Erdmann in die Hände freiberuflicher Wirtschaftsprüfer. Den kommunalen Rechnungsprüfungsämtern fehlt dafür sowohl die beihilfenrechtliche Distanz als auch die erforderliche Unabhängigkeit.

Allerdings war die Bewertung rechtlicher Risiken – einschließlich solcher aufgrund europäischen Beihilfenrechts – seit jeher Gegenstand einer Jahresabschlussprüfung, ohne dass dies in der Vergangenheit zu Rückstellungen, Vermerken oder gar Testateinschränkungen geführt hätte. Wie sich dieser plötzliche Umschwung in der Prüfungsintensität ohne entsprechende Änderung der Rechtslage erklärt, konnten weder die Diskussions teilnehmer noch Prof. Erdmann überzeugend erklären.

Zu dem Kreis der Vorträge, die sich mit den beihilfenrechtlichen Aspekten der Finanzierung von DAWI beschäftigten, zählte im weiteren Sinne auch die Erörterung des Spannungsverhältnisses zwischen Beihilfen- und Umsatzsteuerrecht bei staatlichen Ausgleichsleistungen, dem sich Frau Fiebelkorn und Dr. Petzold am zweiten Konferenztag widmeten. Nach einer Darstellung der dogmatischen Grundlagen und einer Analyse von drei typischen Zuwendungskonstellationen konnten beide Referenten am Ende ihres Vortrags nur konstatie-

Adressaufkleber

ren, dass zwischen der konstanten Forderung des Beihilfenrechts nach einem Betrauungsverhältnis und der Umsatzsteuerbarkeit jedes Leistungsaustauschs, und sei er auch öffentlich-rechtlich begründet, ein prinzipiell unauflösbarer Widerspruch besteht. Dr. Petzold sah einen möglichen Ausweg aus der Umsatzsteuerbarkeit, wenn die Höhe der staatlichen Ausgleichsleistung für eine DAWI von den eigenen Umsätzen des damit betrauten Unternehmens vollständig entkoppelt wird. Als rechtssicher kann man aber auch ein solches Modell nicht bezeichnen. Beide Referenten plädierten daher für eine Harmonisierung der MWSt-Systemrichtlinie¹⁶ mit den Altmark Trans – Kriterien des EuGH, so dass staatliche Ausgleichsleistungen, die nach den Kriterien des EuGH keine Beihilfen darstellen, auch nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Andernfalls drohen volkswirtschaftliche Fehlallokationen.

Auch wenn der vorliegende Bericht aus Kapazitätsgründen nur einen thematischen Ausschnitt der zweitägigen Fachkonferenz der Europäischen Akademie für Steuern, Wirtschaft & Recht genauer beleuchten konnte – aus jedem der insgesamt zwölf Vorträge konnten die Zuhörer eine Fülle fundierter, gut aufbereiteter und hochaktueller Informationen mit nach Hause nehmen.

Im Interesse aller Rechtsanwender, die in ihrer täglichen Praxis mit Beihilfenrecht konfrontiert sind, sind dieser Konferenzreihe noch viele Fortsetzungen zu wünschen.

16 Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl.EU 2006 Nr. L 347/1.

Impressum

InfrastrukturRecht

Schriftleitung: RA Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ. (verantwortlich).

Redaktion: RA Dr. Christian Jung, LL.M. (Verkehr/Transport), RA Axel Kafka (Abfall, Telekommunikation), RA Dr. Sascha Michaels (ÖPNV), RA Daniel Schiebold (Wasser/Abwasser), RA Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ. (Energie), RA Stefan Wollschläger (Wärme).

Redaktionsassistentz: Susanne Kitzmann, Ramona Bauer

Anschrift: Redaktion InfrastrukturRecht
Magazinstr. 15-16, 10179 Berlin,
Postanschrift: Postfach 02 77 51, 10130 Berlin,
Tel.: 030/61 1077-88, Fax: 030/61 1077-89
E-Mail: info@ir.beck.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf

außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache übertragen werden.

Verlag: C. H. Beck oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Tel.: 089/3 81 89-0, Bankverbindung: Postbank München, Kto.-Nr. 6229-802, BLZ 700 100 80. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Internet-Volltext-Service: www.IR.beck.de
Hotline: Tel.: 089/3 81 89-421
Fax: 089/3 81 89-134.

Erscheinungsweise: Monatlich.

Bezugpreise 2011: jährlich € 152,- (darin € 9,94 MwSt.) inkl. Internet-Volltext-Service. Fakturierung erfolgt zu Beginn des Bezugszeitraums. Einzelheft € 14,40 (darin € 0,94 MwSt.), jeweils zzgl. Vertriebsgebühren.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Abo-Service: Tel.: 089/3 81 89-750,
Fax: 089/3 81 89-358 (Kundenservice).
E-Mail: bestellung@beck.de

Abbestellungen: Mindestens 6 Wochen vor Jahresende.

Adressenänderung: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderungen des Bezieher kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Druckerei C. H. Beck (Adresse wie Verlag).

ISSN 1612-7803