

Anlage 2 zur Vorlage Nr. 0310/2011

Erläuterungen der Schüllermann und Partner AG zum Betrauungsakt:

Wir möchten Ihnen den unter Anlage 1 dargestellten Entwurf des Betrauungsaktes des Landkreises Gießen zugunsten der „Zentrum Arbeit und Umwelt“ – Gießener gemeinnützige Berufsbildungsgesellschaft mbH (im Folgenden „ZAUG gGmbH“) wie folgt näher erläutern:

Zu § 1:

Unter „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ als europarechtliches Synonym für Gemeinwohl- bzw. Daseinsvorsorgeaufgaben mit wirtschaftlichem Charakter sind nach Auffassung der EU-Kommission solche Tätigkeiten zu verstehen, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und dazu mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind, denen ein Unternehmen aus eigenem wirtschaftlichem Interesse nicht nachkommen würde. Es muss sich also um Wirtschaftstätigkeiten handeln, die von den Behörden der Mitgliedstaaten als von besonderer Bedeutung für die Bürger eingestuft werden und die ohne öffentliche Intervention nicht (oder unter anderen Bedingungen) erbracht würden. Es obliegt den Mitgliedstaaten, DAWI-Leistungen zu definieren. Diesbezüglich kommt ihnen ein großer Ermessensspielraum zu, der von der EU-Kommission nur auf offensichtliche Fehler überprüft wird (s. Unterausschuss Kommunale Wirtschaft und Finanzen der Innenministerkonferenz (UAKWuF), Handreichung zur Umsetzung des Monti-Pakets, Stand: 23. Juni 2006, zu Ziff. 3.6; Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes NRW, EG-beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, 2008, S. 26 ff.; Erwägungsgrund Nr. 8 des Freistellungsbeschlusses).

Der Europäische Gerichtshof und die EU-Kommission haben in verschiedenen Entscheidungen etwa die Leistungen der Arbeitsvermittlung, der Berufs- und Fortbildung sowie der beruflichen Wiedereingliederung und die Aufgaben des Umweltschutzes den DAWI-Tätigkeiten zugeordnet (s. ebenda; KOM, Leitfaden „DAWI“ inklusive Sozialdienstleistungen vom 7. Dezember 2010, SEC(2010) 1545 endg., S. 18, 45, 62, 92). Angesichts des auch hier weiten Beurteilungsspielraums der Mitgliedsstaaten ist davon auszugehen, dass die satzungsgemäßen Tätigkeitsbereiche der ZAUG gGmbH ebenfalls dem Bereich der DAWI-Leistungen unterfallen. Hierfür sprechen neben der sich aus Art. 137 der Verfassung des Landes Hessen i.V.m. § 16 der Hessischen Landkreisordnung ergebenden gesetzlichen Verpflichtung zur Bereitstellung der erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen öffentlichen Einrichtungen durch den Landkreis Gießen und den nach den Sozialgesetzbüchern dem Landkreis auferlegten Aufgaben nicht zuletzt die besonderen arbeitsmarkt-, bildungs-, gesundheits- und umweltbezogenen Aspekte der Leistungserbringung durch den Kreis bzw. die ZAUG gGmbH (s. § 2 Abs. 1). Nicht zuletzt geht der Freistellungsbeschluss der EU-Kommission in Art. 2 Abs. 1 Buchstabe c) nunmehr selbst davon aus, dass Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Zusammenhang mit dem Zugang zum und der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt

Anlage 2 zur Vorlage Nr. 0310/2011

sowie der Betreuung und sozialen Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen in den Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses fallen. Es dürfte damit ein öffentliches Interesse an der Bereitstellung der jeweiligen Leistungen und Gemeinwohlaufgaben bestehen.

Zu § 2:

Abs. 1:

Gem. Art. 4 Satz 2 Buchstabe a) des Freistellungsbeschlusses sind die Dienstleistungen, die die ZAUG gGmbH erbringt, im Einzelnen nach Gegenstand und Dauer auszuweisen, und zwar möglichst systematisch gegliedert. Unverzichtbar ist nach dem Freistellungsbeschluss eine Trennung von durch den Versorgungs“auftrag“ erfassten DAWI-Tätigkeiten und den sonstigen Dienstleistungen, die das Unternehmen erbringt.

Der Umfang der DAWI-Tätigkeiten, mit denen die ZAUG gGmbH betraut wird, ergibt sich im Wesentlichen aus dem Gesellschaftsvertrag des Unternehmens. Es ist nicht notwendig, alle Arten von Diensten, die erbracht werden, in den Betrauungsakt einzubeziehen.

Laut dem Arbeitspapier für die Kommissionsdienststellen zur Anwendung des Monti-Pakets vom 20. November 2007 und dem Leitfaden „DAWI“ vom 7. Dezember 2010 ist es nicht erforderlich, auf jede Art notwendiger Versorgung zu verweisen. Mitgliedsstaaten und öffentliche Einrichtungen haben hiernach einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Bestimmung jener öffentlichen Dienstleistungsaufträge, die sie durchführen möchten. Die sehr detaillierten Dienstleistungen, die von diesen Aufträgen umfasst sind, bedürfen keiner Spezifizierung (s. Ziffer 5.4 des Arbeitspapiers sowie Ziffer 3.4.8./9. des Leitfadens).

Um zu vermeiden, dass der Betrauungsakt des Landkreises Gießen bei jeder Änderung etwa des Gesellschaftsvertrages oder des konkreten Tätigkeitsumfangs der ZAUG gGmbH neu gefasst werden muss, haben wir entsprechend darauf verzichtet, alle Arten von Diensten und Projekten, die die ZAUG gGmbH durchführt, in den Betrauungsakt explizit aufzunehmen. Die in § 2 Abs. 1 vorgenommene Konkretisierung dieser Dienstleistungen sollte ausreichen, den Zweck des Betrauungsaktes zu erfüllen, der darin besteht, eine klare Übersicht über das System zu haben, in dem die einzelnen Unternehmensleistungen durchgeführt werden, und über die Bandbreite der betroffenen Leistungen zu informieren (s. Arbeitspapier der Kommission zu Ziffer 5.4 sowie Leitfaden „DAWI“ zu Ziffer 3.4.8.).

Wir möchten Sie ausdrücklich darauf aufmerksam machen, dass die dem DAWI-Bereich zugeschriebene Einordnung der von der ZAUG gGmbH erbrachten Tätigkeiten in den Bereichen „Arbeitnehmerüberlassung als Integrationsinstrument für Arbeitslose“, „Schülerbetreuung“ und „kindgerechter Mittagstisch/Verpflegung“ in § 2 Abs. 1 des Betrauungsaktes mit gewissen rechtlichen Unsi-

Anlage 2 zur Vorlage Nr. 0310/2011

cherheiten verbunden ist und unter dem Vorbehalt zukünftiger gegenteiliger Judikate der Gemeinschaftsgerichte oder der EU-Kommission steht. Wir glauben gleichwohl, dass diese Tätigkeiten der ZAUG gGmbH aufgrund ihrer konkreten Durchführung und Zielsetzung – mit der in Abs. 1 und § 1 genannten Begründung – nicht in der gleichen Art und Weise von privaten Anbietern am Markt erbracht werden können und daher als zumindest unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebenleistungen den im definitorischen Ermessen der Mitgliedsstaaten liegenden DAWI-Leistungen des Unternehmens zugeordnet werden können. Ohne diese Nebendienstleistungen kann eine solche Einrichtung wie die ZAUG gGmbH unserer Ansicht nach nicht ihre typischen Daseinsvorsorgeleistungen im Bereich „Jugendhilfe“ und „Berufsbildung“ zweckmäßig und ausreichend erbringen.

Aus denselben Gründen erscheint es uns gerechtfertigt, etwa auch die „Entwicklung und Erprobung neuer und innovativer Arbeits- und Beschäftigungsfelder“ ebenso wie das „Initiiere von Präventionsprojekten“ den unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundenen Nebenleistungen und damit dem DAWI-Tätigkeitsbereich der ZAUG gGmbH zuzuordnen.

Der Freistellungsbeschluss fordert, dass die notwendigen Regelungen des Betrauungsaktes – insbesondere die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichsleistungen – im Vorfeld, also vor der Gewährung der entsprechenden Begünstigungen, festgelegt werden. Dies ist vorliegend hinsichtlich der in der Vergangenheit geleisteten Ausgleichsleistungen (Begünstigungen) an die ZAUG gGmbH nicht mehr möglich, da für diese noch kein formeller Betrauungsakt erlassen worden war. Wird der Betrauungsakt aber erst nach der Gewährung der entsprechenden Begünstigungen erlassen, kann er für die Vergangenheit grundsätzlich keine rückwirkende Geltung mehr beanspruchen. Dennoch sollte versucht werden, den Betrauungsakt so zu formulieren, dass auch die in der Vergangenheit liegenden Zeiträume erfasst werden, was wir mit der Formulierung „*In Bestätigung der bisherigen Übung...*“ in § 2 Abs. 1 zum Ausdruck gebracht haben. Dem gleichen Zweck dient auch die Regelung in **§ 3 Abs. 6**, wonach die von dem Landkreis Gießen bereits in der Vergangenheit geleisteten Ausgleichsleistungen an die ZAUG gGmbH von der Betrauung umfasst sind. Wir weisen jedoch ausdrücklich darauf hin, dass die genannten Regelungen ein mögliches Rückzahlungsrisiko für die ZAUG gGmbH (Verjährungsfrist gemäß Art. 15 VO(EG) Nr. 659/1999 vom 22. März 1999, ABl. L 83/01: 10 Jahre) hinsichtlich der in der Vergangenheit erhaltenen Ausgleichsleistungen lediglich minimieren können, dass insoweit jedoch keine absolute Rechtssicherheit gegeben ist.

Abs. 2:

Die hier genannten Dienstleistungen der ZAUG gGmbH sind nach unserer Einschätzung nicht den DAWI-Tätigkeiten zuzuordnen und daher gem. Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses zwingend von den Dienstleistungen nach Abs. 1 abzugrenzen, soweit sie nicht im konkreten Fall doch als „unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Neben(dienst)leistungen“ zur Erfüllung des

Anlage 2 zur Vorlage Nr. 0310/2011

(gemeinnützigen) Gesellschaftszwecks der ZAUG gGmbH erbracht werden. Auch die nach nationalem Steuerrecht vorgenommene Einordnung einer Tätigkeit der ZAUG gGmbH als „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ steht einer Einordnung als „DAWI-Tätigkeit“ nicht grundsätzlich entgegen, solange die besondere Gemeinwohlaufgabe im Einzelfall, wie etwa im Fall der „Arbeitnehmerüberlassung“ als „Integrationsinstrument für Arbeitslose“, begründet werden kann. Für die „sonstigen“ Dienstleistungen darf kein Ausgleich gewährt werden. Würde er trotzdem gewährt, müsste die Ausgleichszahlung gemäß dem 5. Erwägungsgrund des Freistellungsbeschlusses notifiziert werden.

Um Wettbewerbsverzerrungen bei den sonstigen Dienstleistungen zu vermeiden, ist sicherzustellen, dass die hier genannten Tätigkeiten weder direkt noch indirekt Vorteile durch den Landkreis Gießen erlangen. Die hier genannten Leistungen sind daher grundsätzlich in marktüblicher Weise auf Vollkostenbasis in Rechnung zu stellen.

Zu §§ 3, 5:

§ 3 Abs. 1 und 2:

Gem. Art. 4 Satz 2 Buchstabe d) und Art. 5 des Freistellungsbeschlusses ist in dem Betrauungsakt festzulegen, dass der Landkreis Gießen – hier nach dem Gesellschaftsvertrag jeweils als „Zuwendung“ – Ausgleichsleistungen (Begünstigungen) an die ZAUG gGmbH, etwa in Form von Defizit ausgleichen (institutionelle und Projektförderung), Investitionszuschüssen, zu marktunüblichen Konditionen gewährten Bürgschaften oder solchen Darlehen, leisten kann, wobei ausschließlich der aus der Erbringung der DAWI-Tätigkeiten resultierende Kostenbetrag ausgleichsfähig ist. In **Abs. 5** wird nochmals explizit geregelt, dass alleine aus dem Betrauungsakt kein Rechtsanspruch der ZAUG gGmbH auf die Ausgleichszahlungen (Begünstigungen) des Landkreises Gießen folgt.

Die Höhe des Ausgleichs ergibt sich aus dem vorab aufzustellenden Wirtschaftsplan der ZAUG gGmbH, dem auf der anderen Seite der Haushaltsplan des Kreises gegenübersteht. Dabei muss der jeweilige Wirtschaftsplan die vom Versorgungsauftrag gedeckten DAWI-Tätigkeiten von den „sonstigen“ Leistungen abgrenzen. Eine solche, von Art. 5 Abs. 9 des Freistellungsbeschlusses geforderte Trennungsrechnung, in der die Kosten und Einnahmen der jeweiligen Tätigkeiten nach § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 des Betrauungsaktes gesondert dargestellt werden, wird in **§ 5** noch einmal ausdrücklich normiert. Danach ist außerdem anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Kosten und Einnahmen jeweils erfolgt. Nach unserer Einschätzung ist der Wirtschaftsplan der ZAUG gGmbH entsprechend anzupassen und überdies mit dem in der Anlage 3 als Entwurf beigefügten Vorbericht zu versehen, der den kommunalrechtlichen Auftrag zur Daseinsvorsorge konkretisiert.

Da sich mittelbare Vorteile, wie etwa mögliche Zinsvergünstigungen, die die ZAUG gGmbH dadurch erhält, dass der Landkreis Gießen u.U. Sicherheiten (Garantien) für ein Darlehen stellt (Grund-

Anlage 2 zur Vorlage Nr. 0310/2011

pfandrechte oder Bürgschaften), im Wirtschaftsplan nicht unmittelbar zahlenmäßig niederschlagen, ist für eine anderweitige Dokumentation, etwa in Form eines ergänzenden Vermerks zum Wirtschaftsplan, zu sorgen.

§ 3 Abs. 3:

Um im Ausnahmefall nachträglich einen unerwartet hohen Fehlbetrag ausgleichen oder einen sonstigen Ausgleichsbetrag leisten zu dürfen, sollte diese Möglichkeit entsprechend Art. 4 Satz 2 Buchstabe d) des Freistellungsbeschlusses für den Fall nicht vorhersehbarer Ereignisse im Betrauungsakt Erwähnung finden.

§ 3 Abs. 4:

Hiermit wird Art. 5 des Freistellungsbeschlusses umgesetzt. Der Ausgleich bzw. die sonstigen Begünstigungen dürfen ausschließlich für das Funktionieren der DAWI-Tätigkeiten verwendet werden.

Die Nettokosten sind die Differenz zwischen den sämtlichen Kosten, die in Verbindung mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anfallen (einschließlich eines angemessenen Teils der Fixkosten für die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und sonstige Tätigkeiten), und den gemäß Art. 5 Abs. 4 des Freistellungsbeschlusses zu berücksichtigenden Einnahmen. Sie können aber auch als Differenz zwischen den Nettokosten aus der Erfüllung der jeweiligen Gemeinwohlaufgabe und den Nettokosten oder Gewinnen ohne eine solche Gemeinwohlaufgabe berechnet werden.

Auf der Einnahmenseite sind gemäß Art. 5 Abs. 4 des Freistellungsbeschlusses auf jeden Fall die gesamten Einnahmen, die mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erzielt werden, zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob die Einnahmen als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu betrachten sind. Werden dem Unternehmen, hier der ZAUG gGmbH, vom „Staat“ (Bund, Land, Kommunen) andere Vergünstigungen gewährt (etwa Fördermittel, Zuschüsse, zinsgünstige Darlehen, Bürgschaften etc.) müssen diese berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden.

Unter einem „angemessenen Gewinn“ ist gemäß Art. 5 Abs. 5 des Freistellungsbeschlusses die Kapitalrendite zu verstehen, die ein durchschnittliches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die gesamte Dauer der Betrauung erbringt. Der Begriff „Kapitalrendite“ bezeichnet den internen Ertragssatz (Internal Rate of Return), den das Unternehmen, hier die ZAUG gGmbH, während des Betrauungszeitraums mit seinem investierten Kapital erzielt.

Zu § 4:

Abs. 1:

Gem. Art. 6 des Freistellungsbeschlusses ist zur Vermeidung von Überkompensationen durch die Ausgleichsleistungen (Begünstigungen) ein Nachweis über die Verwendung der Mittel und den aufgelaufenen Ausgleichsbetrag zu führen. Dies soll vorliegend im Wege des Jahresabschlusses und anderweitiger, durch den Landkreis Gießen auf eine Überkompensierung der zur Verfügung gestellten Mittel hin zu überprüfender Nachweise entsprechend §§ 3, 5 des Betrauungsaktes geschehen.

Abs. 2:

Für den Fall der Überkompensation werden die überhöhten Ausgleichsleistungen durch den Landkreis Gießen zurückgefordert. Beträgt die Überkompensierung maximal 10 % der durchschnittlichen jährlichen Ausgleichssumme im Betrauungszeitraum, darf dieser Betrag gem. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 des Freistellungsbeschlusses auf die nächst folgende Ausgleichsperiode angerechnet und von dem für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden.

Zu § 6:

Zur Erfüllung von Art. 8 des Freistellungsbeschlusses ist die Verpflichtung der ZAUG gGmbH aufzunehmen, sämtliche ausgleichs- und freistellungsrelevanten Unterlagen während des Betrauungszeitraums und für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren ab Ende des Betrauungszeitraumes aufzubewahren. Ergeben sich nach weitergehenden Vorschriften längere Aufbewahrungsfristen, gelten diese.

Zu § 7:

Da die Ausgleichsleistungen in jedem Falle haushaltswirksam sind, ist die Betrauung Sache des Landkreises Gießen. Bei der Betrauung handelt es sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, so dass grundsätzlich der Kreistag das für die Betrauung zuständige Organ ist.

Der vorliegende Betrauungsakt regelt eine „Betrachtung“ der ZAUG gGmbH mit DAWI-Tätigkeiten allein durch den Landkreis Gießen. Nach unserer Einschätzung empfiehlt es sich nicht zuletzt aus Transparenzgründen, dass auch die Universitätsstadt Gießen als weiterer Gesellschafter der ZAUG gGmbH, der sich in § 6 des Gesellschaftsvertrages zu einer jährlichen Zuschusszahlung (Zuwendung) verpflichtet, einen entsprechenden Betrauungsakt zugunsten der ZAUG gGmbH erlässt. In rechtlicher Hinsicht dürfte allerdings ein formeller Beschluss der Stadtverordnetenversammlung der

Anlage 2 zur Vorlage Nr. 0310/2011

Universitätsstadt Gießen, der auf den Betrauungsakt des Landkreises Gießen verweist, ausreichen (s. Leitfaden „DAWI“ zu Ziffer 3.4.6.).

Abschließend ist festzuhalten, dass mit dem vorliegenden Betrauungsakt die Gewährung von Ausgleichsleistungen (Begünstigungen) im Sinne des Freistellungsbeschlusses durch den Landkreis Gießen (wie z.B. die Übernahme von Verlusten) für den DAWI-Tätigkeitsbereich der ZAUG gGmbH in Zukunft den Anforderungen des Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission genügen dürfte und demgemäß entsprechend Art. 3 des Freistellungsbeschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt ist. Wir machen dabei jedoch auf die Notwendigkeit aufmerksam, die Bestimmungen des Betrauungsaktes, insbesondere in Bezug auf den jährlich zu aktualisierenden Wirtschaftsplan der ZAUG gGmbH, zu beachten und ggf. Anpassungen (auch in der Buchführung) vorzunehmen.

Für die Vergangenheit kann der Betrauungsakt zugunsten der ZAUG gGmbH grundsätzlich keine rückwirkende Geltung beanspruchen (s. hier Anmerkung zu § 2 Abs. 1); gleichwohl haben wir versucht, durch einen Verweis auf die „bisherige Übung“ und den Hinweis in § 3 Abs. 6 diesen Zeitraum so gut wie möglich „einzufangen“ und somit einer möglichen Rückzahlungsverpflichtung des Unternehmens in Bezug auf die in der Vergangenheit u.U. erhaltenen (verbotenen) Beihilfen entgegenzuwirken.