

An die
Generaldirektion Wettbewerb
Geschäftsstelle staatliche Beihilfen
SPA 3, Büro 6/5

B-1049 Brüssel

per Email

Aktenzeichen
12 - 2.1 - 4512

Ministerialrat Dr. Frank-Bodo v. Wehrs
im Ministerium der Finanzen

Postfach 33 20
55023 Mainz

Kaiser-Friedrich-Straße 5
55116 Mainz

Telefon-Zentrale (06131) 16-0
Telefax 16-4331
Internet-Mail Poststelle@fm.rlp.de

Durchwahl	Datum
16-4235	12. September 2005

Reform des Beihilferechts

**hier: Randnummer 34 des Konsultationspapiers „Aktionsplan staatliche
Beihilfen - Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen - Roadmap
zur Reform des Beihilferechts 2005 bis 2009**

Vorlage der Europäischen Kommission vom 13. Juni 2005, mir vorliegend als Drucksache
509/05 des Deutschen Bundesrats

Sehr geehrte Damen und Herren,

in den einführenden Bemerkungen des Aktionsplans haben Sie dazu eingeladen, Stellungnahme an Sie zu übermitteln. Ich erlaube mir, diese Einladung aufzugreifen.

Anlass gibt mir Ihre Ankündigung in Absatz 34, für den sozialen Wohnungsbau Regelungen vorsehen zu wollen, die allerdings von den allgemein geltenden abweichen sollen. Hiergegen möchte ich mich in Kenntnis der Arbeitspapiere der Kommission

- *Entscheidung* der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (im Weiteren nur „*Entscheidung*“),
- den Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (im Weiteren nur „*Rahmen*“) und

- eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (im Weiteren nur „ÄndTransRiL“)

wenden.

Nach meiner Auffassung hat die Kommission für den Sachbereich „soziale Wohnraumförderung“ kein Kompetenz, fasst aber Regelungen ins Auge, die die in sie gesetzte Aufgabe nicht erfüllen können und schreibt für die Kontrolle einen hohen bürokratischen Aufwand vor.

Zur Zuständigkeit der Kommission für die soziale Wohnraumförderung in Deutschland

Die Befugnisse der Kommission unterliegen gem. Art. 5 Abs. 1 EG-Vertrag dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Das Prinzip setzt sich im deutschen Verfassungsrecht fort. In seiner Entscheidung zum Maastricht-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 12. Oktober 1993 - 2 BvR 2134 und 2159/92 - BVerfGE 89, 155) betont, dass „bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaft zu beachten ist, dass der Unionsvertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung von begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnisse und der Vertragsänderung zu unterscheiden ist, dass deshalb seine Auslegung keiner Vertragserweiterung gleich kommen darf.“ Demgemäß kann die Bundesrepublik Rechte nur für konkret benannte Sachgebieten übertragen und die Kommission Befugnisse auch nur in diesem Rahmen geltend machen, wenn und weil sie ihr von den souveränen Mitgliedsstaaten überlassen worden sind.

Die soziale Wohnraumförderung gehört nicht zu den Materien, für die der Kommission im Dritten Teil des EG-Vertrags Zuständigkeiten konkret oder ausdrücklich übertragen sind. Der Deutsche Bundesrat hat vielfach Gelegenheit genommen, die deutschen Repräsentanten hierauf nachdrücklich aufmerksam zu machen.

Die für Fragen der Dienstleistungen im öffentlichen Interesse grundlegende Altmarck-Entscheidung betraf die Materie „Verkehr“, der in den Artikeln 70 bis 80 EG-Vertrag angesprochen ist und die daher nicht ohne weiteres auf das Arbeitsgebiet Wohnungswesen übertragbar ist. Die Kommission pflegt diesen Hinweis durch Berufung auf die Wettbewerbsregeln (Art. 81 ff. EG-Vertrag) für unbeachtlich zu erklären und den Wettbewerb strikt formal zu interpretieren. Danach ist jedes Verhalten gemeinschaftsbedeutsam, das den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft verfälschen könnte.

Mit dieser Interpretation des Vertrags wird zugleich die Einschränkung in Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag außer Kraft gesetzt, wonach staatliche Beihilfen nur dann gemeinschaftsbedeutsam sind, wenn sie „geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“.

Wohnungen haben einen sehr begrenzten „Bedarfsdeckungsradius“. In ausgeglichenen Märkten ist er häufig kleiner als das Gebiet einer Kommune. Auswirkungen auf den „Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft“ können sich deshalb, wenn überhaupt, nur in besonders grenznahen Bereichen ergeben. Bei Übernahme des Reichweiten-Kriteriums, wie es in der *Entscheidung* der Kommission vom 12. Januar 2001 (- N 258/00 - „Freizeitbad Dorsten“) entwickelt worden ist, wäre die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der staatlichen Wohnungsbauförderung für alle Standorte mit einem Abstand von mehr als 50 Kilometern zu den Außengrenzen der Bundesrepublik bereits abschließend beantwortet.

In der Praxis der Kommission spielt diese Grenzziehung für Beihilfen, die den Wettbewerb in der Gemeinschaft beeinflussen können, deshalb keine Rolle, weil der Gedanke der Quersubvention ins Spiel gebracht wird. Selbst wenn von der geförderten Dienstleistung im öffentlichen Interesse als solcher keine gemeinschaftsweite Wirkung ausgehen kann, wird mit der Sorge argumentiert, dass das geförderte Unternehmen Geld, das es für eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse erhält und nicht zum Nachteilsausgleich benötigt, in einem anderen Mitgliedstaat einsetzt und dort den Wettbewerb verfälscht. Für die Wohnungsbauförderung in Deutschland ein logisch korrekte, aber realitätsferne Überlegung. Die Wohnraumförderung ist nicht so gut dotiert, dass deutsche Wohnungsunternehmen mit ihrem „Gewinn“ aus den geförderten Wohnungen den Wettbewerb auf ausländischen Wohnungsmärkten verfälschen könnten. Zum Beleg darf ich auf zwei Geschäftsberichte verweisen, die mir in diesen Tagen zugegangen sind. Beide Unternehmen verfügen über einen nicht unerheblichen Bestand an geförderten Wohnungen, dessen Größe ich Ihnen nicht benennen kann. Sie bewirtschaften, überwiegend freifinanzierte Wohnungen

Gemeinnützige Baugesellschaft („BauAG“), Kaiserlautern

(bewirtschaftete im Jahre 2004: 5.623 Wohnungen; im Vorjahr: 5.672 Wohnungen)

	2004	2003
Bilanzsumme	119.548.103,87 Euro	116.089.188,21 Euro
Bilanzgewinn	27.383,07 Euro	- 57.084,11 Euro

Wohnungsbau und Treuhand AG („gbt“), Trier

(bewirtschaftete im Jahre 2004: 4.097 Wohnungen; im Vorjahr: 4.202 Wohnungen)

	2004	2003
Bilanzsumme	136.103.415,17 Euro	140.273.549,62 Euro
Bilanzgewinn	454.812,00 Euro	58.575,72 Euro

Gewinne in dieser Größenordnung beobachte ich auch bei anderen Unternehmen im Lande Rheinland-Pfalz.

2. Die Messlatte:

Folgt man - trotz der vorstehend geltend gemachten Bedenken - den Geboten der formalen (Wettbewerbs)Logik und unterstellt eine Kompetenz der Gemeinschaft, so muss den vorgeschlagenen Instrumenten attestiert werden, dass sie sich nicht dazu eignen, die ihnen zugeordneten Aufgabe zu erfüllen, nämlich zu messen, ob sich die Förderung auf einen Nachteilsausgleich beschränkt.

Nach der formalen Wettbewerbslogik ist der Nachweis zu erbringen, dass die Leistungen der öffentlichen Hand an den Erbringer der Dienstleistung nicht über einen reinen Nachteilsausgleich hinausgehen. (Die übrigen Altmarck-Kriterien können für den Bereich der Wohnungsbauförderung als „eingehalten“ angesehen werden.). Wenn der Nachweis eines reinen Nachteilsausgleichs geführt ist, ist die Beihilfe nicht gemeinschaftsschädlich und daher möglicherweise nicht einmal gemeinschaftsrelevant.

Die Erwägungsgründe der Nrn. 15 und 16 *Entscheidung* stellen hierfür auf den **Umsatz** ab. Nr. 14 des *Rahmens* spricht von den **erwirtschafteten** Erträgen. Nach Art. 5 *Entscheidung* sind die Einnahmen und Ausgaben nach „gemeinhin akzeptierten Rechnungslegungsgrundsätzen“ zu erfassen. Damit sind maßgeblich die Eintragungen in den Handelsbüchern des (geförderten) Unternehmens, eigentlich sogar nur die Schlusssummen. Auf diese Weise ist indes die sog. Beihilfe im Bereich der Wohnungsbauförderung nicht zu fassen. Denn die öffentliche Hand erwartet, dass das Wohnungsunternehmen eine gegenüber dem Markt niedrigere, in der Fördervereinbarung bestimmte Miete erhebt; sie gleicht diese Mindereinnahme durch die Gewährung zinsgünstiger Darlehen (damit durch eine Minderausgabe) aus. Der Umsatz, wie er sich aus den kaufmännischen Aufzeichnungen ergibt, lässt die Subvention nicht erkennen.

Dieser Fördermechanismus hat in Deutschland dazu geführt, dass das Thema Fehlsubventionierung niemals im Verhältnis der fördernden Stelle zum Wohnungsunternehmen diskutiert worden ist, sondern stets nur unter dem Vorzeichen, ob der Mieter noch als berechtigt angesehen werden kann, den Vorteil einer verbilligten Miete zu genießen. Diese Überprüfung ist gesetzlich vorgeschrieben. Es kann daher durchaus die Frage gestellt werden, ob eine zusätzliche Kontrolle durch oder für Organe der Europäischen Gemeinschaft noch erforderlich ist.

Der Ansatz der Kommission wäre im Sinne des Messens von Überkompensation tauglich, wäre der „Umsatz“ in der Mietenbuchhaltung auf der Einnahme- und der Ausgabenseite nur durch den „Mietverzicht“ und bzw. durch die günstigen Zinsen beeinflusst. Der Saldo beider Effekte ließe sich ablesen, ein gelungener Kostenausgleich oder eine Über- oder Unterkompensation wäre erkennbar.

In der Realität sind die Kapitalkosten für das Förderdarlehen nur eine, wenn auch nicht unwesentliche Ausgabeposition. Häufig schlagen Kapitalkosten für andere Kapitalmarktmittel stärker zu Buche. Das Umsatzergebnis lässt sich durch Bestimmung des Zeitpunkts einer Instandhaltung, durch Wahrnehmung von Bilanzierungswahlrechten - etwa bei der Bestimmung des Abschreibungssatzes - beeinflussen. Weitere Variable ergeben sich durch Hin- und Herbewegung von „Leerstand“, durch die Zurechnung von Personalkosten und die Ausnutzung oder Nichtausnutzung von Mieterhöhungsspielräumen. Damit bestimmen weithin *Entscheidungen* der Geschäftsleitung darüber mit, ob sich die Wohnungsbauförderung als ein zulässiger Nachteilsausgleich oder als eine unzulässige Beihilfe darstellt.

Der Blick in eine nach kaufmännischen Grundsätzen erstellte Gewinn- und Verlustrechnung kann die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Wohnraumförderung als Beihilfe nicht messen. Der an sich aussagekräftigere Vergleich, wie würde sich das Ergebnis für das Unternehmen gestalten, wenn es anstelle der Fördermiete die Marktmiete erheben dürfte und anstelle des Förderzinses den Marktzins zu zahlen hätte, kennt eine kaufmännische Buchführung nicht..

Dieses Ergebnis ändert sich nicht, wenn für die geförderten Wohnungen eine gesonderte Buchführung eingerichtet wird. Der Fördereffekt ist weiterhin durch andere Kostenpositionen verdeckt. Ergebnisse ließen sich erst erzielen, wenn nicht das Ergebnis der Hausbewirtschaftung herangezogen, sondern, wenn die Eintragungen in die Geschäftsbücher der Mietenbuchhaltung Position für Position bewertet werden. Ein solches Einblicksrecht haben bislang nur der Wirtschaftsprüfer und die Steuerverwaltung. Die übrige öffentliche Verwaltung könnte die Vertragspflicht nicht sachgerecht umsetzen.

3. Der bürokratische Überbau:

Ein Instrument, das nicht messen kann, was es messen soll, sollte nicht zum Gegenstand von Überwachungs- und Berichtspflichten gemacht werden.

Die Kommission entschärft das Problem bis zu einem gewissen Grade durch eine großzügig bemessene de-minimis-Regelung (vgl. Art. 2 *Entscheidung*). Die Grenzen sind indes so hoch angesetzt, dass beispielsweise alle Wohnungsunternehmen mit Sitz in Rheinland-Pfalz darunter fallen. Für sie dürfte das Land Rheinland-Pfalz seine Förderung als mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ansehen (Art. 1 i. V. m. 2 *Entscheidung*). Dennoch müssten die geförderten Bauherren / Wohnungsunternehmen nach der Transparenz-Richtlinie ihre Umsätze bei der Bewirtschaft der geförderten Wohnungen durch eine gesonderte GuV oder anders geartete Rechnungslegung belegen. Denn die Transparenz-Richtlinie sieht auch nach einer möglichen Änderung keine vergleichbare Ausnahme vor.

Im Grunde wird mit der de-minimis-Regelung nach Art. 2 I a) *Entscheidung* der Gedanke des Verbots der Quersubventionierung ad absurdum geführt. Eine Ausgleichzahlung von 30 Mio. Euro kann, wenn sie vollständig ohne Gegenleistung erbracht worden sein sollte, den Wettbewerb nachhaltig beeinträchtigen. Nach dem Wortlaut kommt es nur auf die Höhe der Zahlung, nicht auf den Wert der Überkompensierung an. Mit einem „Eigenkapital“ von 30 Mio. € lässt sich wohnungswirtschaftlich einiges bewegen.

Die Regelung ist im Übrigen interpretationsbedürftig, weil nicht klar gestellt ist, was gelten soll, wenn nicht beide Kriterien zugleich erfüllt sind. Einen Umsatz von 100 Mio. € haben nur sehr große Wohnungsunternehmen. Im Jahre 2002 brachte beispielsweise der GAGFA-Konzern 75.907 Wohnungen an dem Markt und erzielte dadurch Umsatzerlöse von 459, 97 Mio. Euro. Die vorgenannten kleineren Unternehmen haben eine Bilanzsumme in dieser Größenordnung. Welchen Zinsvorteil sie aktuell aus den Förderdarlehen ziehen, müsste aufwändig festgestellt werden. Für jede geförderte Wirtschaftseinheit besteht ein besonders Darlehenskonto. In dem kleinen Land Rheinland-Pfalz mit rd. 4 Millionen Einwohnern sind etwa 20.000 Konten in diese Bearbeitung einzubeziehen, ohne dass damit geklärt wäre, ob sich diese Leistungen auf einen Nachteilsausgleich beschränken.

Auch wenn die Subventionswirkung der Wohnungsbauförderung in den Büchern nicht erkennbar wird, spricht sehr viel dafür, dass sie bei keinem Unternehmen - der Darlehensbe-

stand privater Bauherren kann weil zu gering aus der Überlegung ausgeschieden werden - die 30 Mio.-Euro-Grenze übersteigt.

Es ist den Vorschlägen der Kommission an keiner Stelle zu entnehmen, ob im Falle eines großen Konzern wegen des Umsatzes die Wohnungsbauförderung immer eine Beihilfe darstellt, oder ob das Unternehmen den Nachweis erbringen darf (den es auf dem vorgesehenen Weg nicht erbringen kann), dass es nicht mehr als einen Nachteilsausgleich erhielt oder ob es sich, weil die aus den Büchern erkennbaren Ausgleichszahlungen mit Sicherheit unter 30 Mio. € bleiben, darauf berufen darf, dass diese Zahlungen mit dem Gemeinschaftsrecht schon dem Grunde nach vereinbar sind.

Anerkannt wird, dass die neuen Vorschläge der Kommission berücksichtigen, dass der Ergebnisverlauf bei einer Immobilie Schwankungen unterliegt. Insofern stellt es eine Erleichterung für die Unternehmen dar, dass Überschüsse bis zu 20 % der Ausgleichssumme auf das folgende Jahr vorgetragen werden dürfen, ohne dass deshalb der Korridor eines reinen Nachteilsausgleich verlassen wird (vgl. Art. 6 *Entscheidung*). Verkannt wird indes, dass der Renditeverlauf bei einer Immobilie zumindest mittelfristig gesehen werden muss. So ist der Instandhaltungsbedarf aperiodisch; er darf nach steuerlichen Grundsätzen unmittelbar ergebniswirksam gemacht werden, kann aber zum Teil auch über einen längeren Zeitraum verteilt werden. Verantwortungsbewusste Unternehmen bilden in „guten“ Zeiten (rechnerisch) Rücklagen, die in „schlechten“ verwendet werden. Um dem Immobilienbereich adäquat zu sein, darf sich ein „Gewinnvortrag“ nicht nur auf ein Jahr beziehen, auch muss er durch einen Verlustvortrag ergänzt werden.

Das Verbot der Quersubvention müsste steuerrechtliche Konsequenzen haben. Wenn Geld aus dem geförderten Bereich nicht im übrigen Unternehmen eingesetzt werden darf, kann es auch nicht sein, dass ein Überschuss im geförderten Bereich die Höhe der vom Unternehmensgewinn abhängigen Steuern mitbestimmt. Der nicht geförderte Teil des Unternehmens müsste andernfalls den geförderten subventionieren. Um das zu verhindern, müsste der geförderte Bereich steuerfrei gestellt werden. Die Überlegung zeigt, dass der Ansatz der Kommission das bislang einheitlich geführte Unternehmen in zwei Unternehmensteile zerlegt. Ein solcher Ansatz ist kaufmännischem Denken fremd.

Die Unsicherheit darüber, welche staatlichen Beihilfen, die dazu gedacht sind, Nachteile ausgleichen, die Unternehmen durch die Erbringung von Dienstleistungen im öffentlichen In-

teresse auf sich nehmen, gemeinschaftsverträglich oder - anders ausgedrückt - wirklich nur einen Nachteilsausgleich darstellen, setzt sich bei der Notifizierungspflicht fort.

Die Notifikation ist ein Instrument der Vorprüfung. Das Beihilfeverfahren kann im Ansatz bewertet werden. Hierauf soll nach der letzten Fassung der *Entscheidung* verzichtet werden. Dieser Teil des Verfahrens bleibt in nationaler Verantwortung. Die nachgängige Kontrolle, ob eine Beihilfe gemeinschaftswidrig ist, soll indes erhalten bleiben. Insofern kann die Anerkennung besonderer Strukturen nur als halbherzig bezeichnet werden. Insbesondere bleibt die Unsicherheit, dass im Nachhinein festgestellt wird, dass entgegen den ursprünglichen Erwartungen doch eine Beihilfe vorlag. Es kann geschehen dass die gezahlte Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern ist.

Einer weiteren Klärung bedarf auch das Verhältnis von Art. 2 I a) zu Art. 5 *Entscheidung*. Die Höchstbeträge in Art. 2 I a) sind sinnvoll, wenn sie eine Bereichsausnahme darstellen (= Kleinere und mittlere Unternehmen sind von den folgenden Regelungen ausgenommen). Die Umsatzgrenzen blieben indes ohne Bedeutung, wenn Unternehmen mit gegenüber dem Grenzwert kleineren so wie mit höheren Umsätzen dennoch in gleicher Weise von der Richtlinie erfasst werden. Artikel 5 *Entscheidung* indes gibt für alle, die zulässige oder unzulässige Beihilfen für Dienstleistungen im öffentlichen Interesse erhalten, vor, den geförderten Bereich buchhalterisch gesondert zu erfassen und dabei die Vorgaben der *Entscheidung* zu beachten.

Weil sich aus den gesondert geführten Büchern regelmäßig nichts zur Beantwortung der Frage ableiten lässt, ob die Beihilfe den Nachteilsausgleich überkompensiert, ist die Pflicht zu gesonderter Buchführung ein unsinniges bürokratisches Monstrum. **Die Kommission verkennt, dass ihr Ansetzen an den kaufmännischen Büchern für die Fördermethode, die beim Wohnungsbau üblich ist, zu keinem Ergebnis führt.** Das lag im Altmarck-Fall anders. Hier ging es um eine Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs. Ein Unternehmen bediente auf Veranlassung des Regierungspräsidiums eine Verkehrsverbindung, die es sonst nicht gegeben hätte. Deshalb erbrachte das Unternehmen eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse. An Hand einer gesonderten Abrechnung konnten die Kosten des Betriebs dieser Linie, die Einnahmen aus Beförderungsentgelten und der durch die staatliche Subvention abgedeckte Teil der Kosten, klar einander gegenüber gestellt werden.

Eine Fehlbetragsfinanzierung findet in dieser Form im Bereich sozialer Wohnraumförderung nicht statt. Sie ist eine Übereinkunft, die vor der Investition getroffen wird und für den Bindungszeitraum - üblicherweise für mindestens 15, vielfach für 25 Jahre - Bedeutung hat. Die-

ser Langfristcharakter der Förderung entspricht dem Wesen der Immobilienfinanzierung. Ihr wird eine auf ein Geschäftsjahr abgestellte Buchführung oder Rechnungslegung nicht gerecht. In diesem Sinne ist die soziale Wohnraumförderung wesensmäßig etwas anderes als eine jährlich abzurechnende und jährlich (bei Fahrplanwechsel) neu zu übertragende „Dienstleistung“.

Wenn die gewünschten Aussagen im gewählten Verfahren nicht zu gewinnen sind, sind auch die Kontroll- und Berichtspflichten nach Art. 6 *Entscheidung* nicht sinnvoll.

Eine Kontrolle der veröffentlichten Bilanzen mit Gewinn- und Verlustrechnung lässt nicht erkennen, ob die die sog. Beihilfe das Maß des Nachteilsausgleichs einhielt oder überstieg, ob die Vorgaben des Art. 5 *Entscheidung* über die korrekte Auswahl der Kostenpositionen eingehalten worden sind. Damit die Länder und die Bundesrepublik insgesamt auf der Grundlage der Länderberichte der Kommission gegenüber berichten können, müssten besondere Bilanzprüfungsverfahren und/oder Auskunftsrechte gesetzlich verankert werden. Die Auswertung für die Berichte an die Kommission müssten wegen der großen Zahl von Förderfällen neu zu schaffende Behörden übernehmen. Nach Teil III.2 der Roadmap ist jedoch Verringerung der Bürokratie ein wichtiges Ziel der Neuordnung.

Mit freundlichen Grüßen Dr. Frank-Bodo v. Wehrs

P.S.: Der Verfasser ist Referent für Fragen der sozialen Wohnraumförderung im Ministerium der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz.