

**Brüssel zwingt Kommunen zur Überprüfung der Finanzierung ihrer Unternehmen
- neuer Rechtsrahmen durch das Monti-Paket – Umsetzungsfrist abgelaufen -**

*Dr. Carsten Jennert, LL.M., KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft mbH, Köln/München*

Die Problematik der Vereinbarkeit von Mittelzuwendungen der Kommunen an ihre Eigenbetriebe und kommunale Gesellschaften – u. a. Kapitaleinlagen, Verlustausgleichszahlungen, Darlehen, Bürgschaften – mit den Vorgaben des Europäischen Beihilferechts ist seit längerem virulent. Dies gilt insbesondere für die Finanzierung von zumeist strukturell defizitären Leistungen der so genannten Daseinsvorsorge wie die Unterhaltung von öffentlichen Bädern oder die Organisation des öffentlichen Nahverkehrs. Ein Grundsatz-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom Juli 2003 (Rechtssache „Altmark Trans“) hat weniger zur Klärung beigetragen als vielmehr neue Fragen aufgeworfen und somit nicht für die erhoffte Rechtssicherheit in der Praxis gesorgt. Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Kommission im November 2005 ein Maßnahmenpaket erlassen, welches den derzeit gültigen, abschließenden Rechtsrahmen für Ausgleichszahlungen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge darstellt. Betroffen hierbei sind insbesondere die diversen Zuwendungen von Kommunen an ihre Eigenbetriebe- und Gesellschaften wie Verlustabdeckungen/Kapitaleinlagen, Betriebskostenübernahmen, sowie Darlehen und Bürgschaften zu Kommunalkonditionen.

Zentraler Bestandteil des nach dem seinerzeitigen Wettbewerbskommissar so benannten „Monti-Pakets“ ist die unmittelbar anwendbare Entscheidung 2005/842/EG. In dieser stellt die Kommission verschiedene Voraussetzungen auf, bei deren Erfüllung Ausgleichszahlungen an (kommunale) Unternehmen der Daseinsvorsorge ausnahmsweise nicht der Anmeldung („Notifizierung“) und Genehmigung durch die Europäische Kommission bedürfen. Kernelement ist ein so genannter Betrauungsakt, der den jeweiligen Unternehmen bestimmte Aufgaben der Daseinsvorsorge auferlegt und gleichzeitig den hierfür zu gewährenden Kostenausgleich vorab festschreibt. Damit sollen die bislang zumeist rein faktisch gewährten Verlustausgleiche nach dem Willen der Kommission auf eine rechtsverbindliche und damit vor allem transparente Grundlage gestellt werden.

Die Frist für die Anpassung der Finanzierungsleistungen an die Vorgaben des Monti-Pakets ist im November 2006 abgelaufen. Seit diesem Zeitpunkt kann die Kommission unter Missachtung der Freistellungsentscheidung gewährte Verlustausgleichszahlungen und Kapitaleinlagen zurückfordern, ohne dass es auf ein Verschulden der handelnden Personen ankommt. Derartige Risiken sind nicht nur graue Theorie: Die Kommission in Brüssel überprüft derzeit in einem förmlichen Beihilfeverfahren die Finanzierung des Verkehrsverbundes Rhein Ruhr. Für die Geschäftsführer von Gesellschaften der öffentlichen Hand ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass die Prüfung der EG-Beihilferechtlichen Konformität von erhaltenen Finanzmitteln nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts zu den kaufmännischen Sorgfaltspflichten zählt. Rückforderungsentscheidungen der Kommission können daher Regressansprüche der Gesellschaften gegen den Geschäftsführer nach § 42 Abs. 2 GmbHG nach sich ziehen. Zudem können Wettbewerber die etwaige Rechtswidrigkeit

entsprechender Mittelzuweisungen – neben einer Beschwerde bei der Kommission – auch unmittelbar vor deutschen Gerichten geltend machen.

Dies ist gegebenenfalls umso ärgerlicher, als entsprechende Risiken grundsätzlich wohl vermieden werden können. Denn die Voraussetzungen der Entscheidung 2005/842/EG für eine Befreiung von der Anmelde- und Genehmigungspflicht dürften in der Praxis zumeist erfüllbar sein. Das Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWME NRW) in Düsseldorf hat auf Anregung des Städtetages Nordrhein-Westfalen eine Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Handlungsempfehlungen eingerichtet. Die Ergebnisse dieser Arbeitsgruppe, der Vertreter von NRW-Innenministerium, Landesfinanzministerium, Kommunen, kommunalen Unternehmen sowie Wissenschaft und Anwaltschaft angehören, wurden in Form eines Praxis-Leitfadens zusammengefasst, der im Frühjahr 2008 im Rahmen einer speziellen Veranstaltung im MWME NRW vorgestellt wird und sodann kostenlos beim Ministerium angefordert werden kann. Zudem wird das Ministerium einen Runderlass zu den Anforderungen an die Kontrolle einer etwaigen Überkompensation nach Art. 6 der Entscheidung 2005/842/EG erlassen.

Die Umsetzung des Leitfadens in die Praxis erfolgt etwas weiter nördlich: In Essen wird derzeit im Rahmen eines Modell-Projekts die Finanzierung diverser städtischer Beteiligungsunternehmen auf Vereinbarkeit mit dem Monti-Paket überprüft und gegebenenfalls entsprechend angepasst. Hier wie dort steht dabei der Betrauungsakt als „Vehikel“, um die Verlustausgleichszahlungen in die verschiedenen Gesellschaften der Daseinsvorsorge zu transportieren, im Zentrum der Überlegungen. Zur Vermeidung u. a. vergaberechtlicher Risiken bietet sich hierfür ein Zuwendungsbescheid an. Bei dessen Ausgestaltung ist indes die schmale Grenze zwischen umsatzsteuerbarem Leistungsaustausch und steuerfreiem „echtem Zuschuss“ zu beachten. Unter körperschaftssteuerlichem Blickwinkel gilt es eine etwaige Gewinn/Verlustsaldierung zwischen gewinnträchtigen Bereichen des kommunalen Beteiligungsmanagements wie den Stadtwerken und den möglichen Verlustgesellschaften wie den Bäderbetrieben im Rahmen steuerlicher Organschaftsverhältnisse im Auge zu behalten. Durch die jüngste BFH-Entscheidung zur verdeckten Gewinnausschüttung bei strukturell dauerdefizitären Betrieben gewerblicher Art ist dieses Thema nochmals komplexer geworden. Der gegebenenfalls entstehende Restrukturierungsaufwand könnte sich aber insofern lohnen, als damit unter Umständen zugleich die bislang ungelöste Frage nach der EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen entfällt. Insgesamt ist den Empfängern der betreffenden Mittelzuwendungen vor diesem Hintergrund zu empfehlen, die Problematik aktiv anzugehen. Denn auch der jüngst veröffentlichte Fragen-Antworten-Katalog der Europäischen Kommission zur Freistellungsentscheidung 2005/842/EG (SEC(2007)516) zeigt, dass derzeit durchaus noch Gestaltungsspielräume bestehen, die es – gegebenenfalls unter Einbeziehung der Europäischen Kommission - zu nutzen gilt. Zudem bieten die aufgrund der beihilferechtlichen Vorgaben ohnehin erforderlichen Strukturanpassungen eine große Chance für ein aktives und zielgerichtetes Beteiligungsmanagement auf Seiten der städtischen Gesellschafter.

*Dr. Carsten Jennert LL.M. ist Rechtsanwalt der KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH
Kontakt: cjennert@kpmg-law.com*