

Grundlagen des EU-Beihilferechts in der kommunalen Praxis: Eine fallbezogene Einführung

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

Informationsveranstaltung: EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis

Rendsburg, den 12. Februar 2010

Veranstalter:

Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein
Staatskanzlei des Landes Schleswig-Holstein
Städteverband Schleswig-Holstein
Schleswig-Holsteinischer Landkreistag
Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

Überblick

I. Einführung: EU-Beihilfenrecht & Risiken

II. EU-Beihilfenrecht anhand von Fällen

III. Zusammenfassung

IV. Ausblick

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft: Referenzprojekte (Auszug)

 <p>Ministerium für Bauen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen </p> <p>Ausgliederung der LEG Public Services aus der LEG NRW</p>	 <p>Bayerisches Staatsministerium der Finanzen </p> <p>Beratung beim Verkauf der KVG Kahlgrund Verkehrsgesellschaft</p>	 <p>Landeshauptstadt Saarbrücken  <p>Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Saarbrücken </p> <p>Umfassendes Projekt zur Anpassung an das Monti-Paket</p> </p>	  <p>Stadtwerke Münster</p> <p>Beihilferechtliches Gutachten zur Flughafen-Finanzierung FMO</p>	  <p>GELSENWASSER</p> <p>u. a. Begleitung der Abwasser-privatisierung Herne</p>
  <p>Stadtwerke Köln GmbH</p> <p>Vergaberechtliche Sonderprüfung bei einer Tochtergesellschaft</p>	  <p>AVG</p> <p>Beihilferechtliches Gutachten zur Bürgschafts-Prolongation</p>	  <p>ESSEN</p> <p>Umfassendes Modellprojekt zur Anpassung an das Monti-Paket</p>	  <p>Stadtwerke Verkehrsgesellschaft Frankfurt am Main</p> <p>VGF</p> <p>Ständige Beratung und Vertretung bei Ausschreibungen, u.a. „Frankfurter Bogen“</p>	 <p>Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen </p> <p>Erstellung eines Beihilfe-Leitfadens zur Finanzierung der Daseinsvorsorge</p>

I. Einführung: EU-Beihilfenrecht & Risiken



II. Einführung: EU-Beihilfenrecht & Risiken

Beihilfe im Sinne von
Art. 87 Abs. 1 EG:

*„Jeder wirtschaftliche
Vorteil ohne
angemessene
Gegenleistung, den
das Unternehmen
unter marktüblichen
Bedingungen nicht
erhalten hätte“*

Direkte Zuschüsse und Subventionen

Zinsvergünstigte Darlehen und Bürgschaften

Kapitaleinlagen ohne angemessene Rendite

Grundstücksverkäufe unter Marktwert

Verträge zu marktunüblichen Konditionen



Anmeldungs-/Genehmigungspflicht, Art. 88 Abs. 3 EG

II. Einführung: Beihilfen & Risiken (1)

Rechtliche Risiken bei Verstoß gegen Anmeldungs-/Genehmigungspflicht:

Anordnung der Rückforderung durch EU-Kommission bis zu 10 Jahre nach Gewährung der Beihilfe

Nichtigkeit des Rechtsakts gemäß Art. 88 Abs. 3 EG i.V.m. § 134 BGB (ständige BGH-Rechtsprechung):

Klagen von Wettbewerbern vor nationalen Gerichten!

Persönliche Haftung von Geschäftsführung, Vorstand und Aufsichtsrat möglich

Verstärkt Prüfung durch Kommunalaufsicht

Kenntnis der Beihilfe-Vorschriften zählt nach EuGH zu den kaufmännischen Sorgfaltspflichten:

- Persönliche Haftung § 43 Abs. 2 GmbHG
- Vertrauensschutz erheblich eingeschränkt

II. Einführung: Beihilfen & Risiken (2)

BGH-Rechtsprechung:
Informationspflicht des Beihilfegebers

BGH, Urteil vom 06.11.2008, Az. III ZR 279/07

Gewährt eine Behörde eine Beihilfe unter Verstoß gegen die Anmeldepflicht des Art. 88 Abs. 3 EG, so trifft sie eine besondere Informationspflicht:

Inhalt:

Der Beihilfegeber muss darauf hinweisen, dass

- Gewährung der Beihilfe gegen Art. 88 Abs. 3 EG verstößt

und

- aufgrund dieses Verstoßes die Gefahr einer sofortigen Rückforderung besteht.

Pflicht gegenüber:

- dem Beihilfeempfänger
- Dritten, die für etwaige Rück-erstattungsansprüche der Behörde haften (z.B. Bürgen)

Wohl auch gegenüber Dritten, die auf den Bestand der Beihilfe vertrauen (z. B. Banken, bei Kommunalbürgschaften)

Rechtsfolge bei Verstoß

- Schadensersatz des Beihilfegebers gegenüber Empfänger und/oder Dritten (z.B. Bank)
- Schaden: Vertrauensschaden u. U. weitreichende Vermögensdispositionen auf Grundlage der erhaltenen Beihilfe
- Mitverschulden des Empfängers/Dritten wegen Vergewisserungspflicht („Alcan“) möglich, aber:
 - Wissensvorsprung der Behörde!
 - Notifizierung ist „Kardinalspflicht“!

II. EU-Beihilfenrecht anhand von Fällen



III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Fallkonstellation:

Der Rat der Gemeinde M diskutiert über die „Förderung“ einer Gewerbeansiedlung, um Unternehmen, die viele Arbeitsplätze schaffen wollen, entgegen zu kommen.

Geplant ist zunächst, dass die erforderlichen Grundstücke unter dem Verkehrswert an die interessierten Unternehmen abgegeben werden. Ergänzend ist der Ausgleich möglicher „Anlaufverluste“ der Unternehmen vorgesehen.

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Grundstücksveräußerung unter Verkehrswert

Verkehrswert \neq Kaufpreis = (geldwerter) Vorteil

BEIHILFE

u. U.: Auch Erschließungsmaßnahmen, wie etwa Straßen oder Abwasserkanäle, wenn diese beispielsweise kostenfrei vorgenommen werden.

BEIHILFE

Lösungsansatz: Nach der Grundstücksmittelteilung bestehen zwei Verfahren, bei deren Einhaltung eine Beihilfe bei Verkäufen von Grundstücken durch die öffentliche Hand ausgeschlossen werden kann

Grundsätze gelten auch beim Verkauf kommunaler Unternehmen

- Verkauf durch ein bedingungsfreies Bieterverfahren
- Verkauf auf der Grundlage eines unabhängigen Wertgutachtens

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Ausgleich möglicher Anfangsverluste

Maßstab: Private-Investor-Test

→ Der Ausgleich stellt keine Beihilfe dar, wenn ein privater Investor die Investition ebenfalls getätigt hätte. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn innerhalb einer angemessenen Frist mit einer angemessenen Rendite (Dividenden/Wertzuwachs) zu rechnen ist

Beachte: Der Private Investor-Test ist für alle Kapitalbeteiligungen, Darlehen, Bürgschaften usw. der öffentlichen Hand maßgeblich → „Umwegrenditen“ in Form von Arbeitsplatzsicherung, Wirtschaftsförderung usw. werden nicht anerkannt

Möglichkeiten für eine beihilfenrechtskonform Ausgestaltung:

- De-minimis-Beihilfe („Bagatellbeihilfe“) – bis 200.000 Euro in 3 Steuerjahren
- Regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen, Art. 13 Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

1. Fallvariante:

Aufgrund von beihilfenrechtlichen Bedenken plant der Rat der Gemeinde M nunmehr die Gründung einer Projektgesellschaft („PG“), die die Vermarktung und Erschließung der Grundstücke übernehmen soll.

Bei der PG wird (ebenfalls) mit Anfangsverlusten gerechnet, die aus dem Haushalt der M ausgeglichen werden sollen.

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Einschaltung der PG

Die Einschaltung einer Eigengesellschaft in privater Rechtsform – hier „PG“ – entbindet die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung beihilferechtlicher Vorgaben

→ Maßnahmen der PG sind der Stadt M beihilferechtlich „zurechenbar“, wenn diese in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahme beteiligt ist. Für die Zurechnung genügt nach der KOM-Praxis, dass der Aufsichtsrat der PG mit Ratsmitglieder der Stadt M besetzt ist (vgl. EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine)

→ Es macht daher regelmäßig keinen Unterschied, ob ein Vorteil beispielsweise von einer Kommune zu Gunsten ihrer Stadtwerke GmbH gewährt wird oder von der Stadtwerke GmbH selbst an eine weitere Tochtergesellschaft.

→ Die Vorteilsgewährung im Verhältnis einer kommunalen Eigengesellschaft zu einer weiteren Beteiligungsgesellschaft erfolgt häufig in Form von Kapitaleinlagen oder Bürgschaften. Halten diese wiederum dem Private Investor-Test nicht stand, handelt es sich um eine grds. genehmigungspflichtige Beihilfe

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Übernahme der Anfangsverluste zu Gunsten der PG

- Die PG verfolgt durch ihre Tätigkeit möglicherweise Ziele der Wirtschaftsförderung und erfüllt damit eine Aufgabe aus dem Bereich der Daseinsvorsorge.
- Finanzierung der Daseinsvorsorge unter bestimmten Bedingungen zulässig:

Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen für Beihilfen im Bereich Daseinsvorsorge:

EuGH-Urteil - Altmark Trans:
Vier Kriterien, bei deren Erfüllung schon keine Beihilfe vorliegt:

- Betrauungsakt
- Transparente Ausgleichs-Parameter
- Vermeidung einer Überkompensation
- Ausschreibung oder Kostennachweis

„Monti-Paket“ der EU-Kommission:
Es liegt zwar eine Beihilfe vor, aber:

- sog. Freistellungsentscheidung 2005/842/EG
→ Kriterien, bei deren Vorliegen keine Anmeldung der Beihilfe erforderlich ist.
- Gemeinschaftsrahmen
→ Anmeldung der Beihilfe ist zwar erforderlich, aber die Beihilfe ist genehmigungsfähig.

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Weitere Informationen:
Leitfaden des Wirtschaftsministeriums NRW:
www.wirtschaft.nrw.de/400/100/100
Leitfaden_Schlussfassung_Juni_2008.pdf

1. Fallvariante: Finanzierung von Daseinsvorsorge-Aufgaben

- Für eine beihilferechtskonforme Daseinsvorsorge-Finanzierung ist in jedem Fall ein Betrauungsakt als Rechtsgrundlage der Kostenerstattung erforderlich
- Umsetzung des Betrauungsakts im deutschen Recht insbesondere durch Zuwendungsbescheid und Vertrag möglich → Steuer- und Vergaberecht beachten!
- Der Betrauungsakt muss die besondere gemeinwohlorientierte Aufgabe des kommunalen Unternehmens und die Höhe des hierfür gewährten Kostenausgleichs benennen
- Der Vorteil der Freistellungsentscheidung besteht in der Möglichkeit, die tatsächlich entstandenen Kosten auszugleichen
- Wenn die Entscheidung – z. B. wegen Überschreitung der Schwellenwerte – nicht anwendbar ist, kann zur Vermeidung einer Notifizierung/Genehmigung nach dem Gemeinschaftsrahmen eine Lösung nach Altmark Trans gewählt werden: Danach sind jedoch nur die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens mit angemessenen Sachmitteln ausgleichsfähig (Kostengutachten).

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

2. Fallvariante:

Aufgrund von nicht ausgeräumten beihilfenrechtlichen Bedenken möchte der Rat der Stadt M nun die Vermarktung der Grundstücke dem privaten Unternehmen PU überlassen.

Die Grundstücke sollen dabei – wie zuvor – unter dem Verkehrswert veräußert werden.

Zusätzlich will M zu Gunsten des PUs Bürgschaften übernehmen.

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Einschaltung des PU

1. Auswahl des PU

- Europaweites Vergabeverfahren erforderlich, wenn der Auftrag den Schwellenwert für Dienstleistungen i. H. v. 133.000 Euro überschreitet

2. Übertragung der Grundstücke:

a. Vergaberecht („Ahlhorn“-Rechtsprechung OLG Düsseldorf):

- Vergabeverfahren erforderlich, wenn Aufnahme einer Bauverpflichtung des Käufers im Kaufvertrag bzw. in einem flankierenden städtebaulichen Vertrag und der Schwellenwert für Bauleistungen von 5,15 Mio. Euro überschritten wird.

b. EU-Beihilferecht

- Zur Vermeidung einer Beihilfe müssen die Grundstücke zum Marktpreis veräußert werden
- Die EU-Kommission akzeptiert zwei Methoden zur Ermittlung des Marktwerts:
 - (1) Einholung eines unabhängigen Wertgutachtens vor Verkauf
 - (2) Publiziertes Bietverfahren nach objektiven Kriterien

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Aufgrund der neuen De-minimis-Verordnung sind Kommunalbürgschaften in der Praxis nur noch in Ausnahmefällen ohne Notifizierung möglich

Problem: Bürgschaften zu Gunsten des PUs

Liegt möglicherweise eine anmeldungsfreie „De-minimis“-Bürgschaft vor?

→ Maßgeblich ist die De-minimis-Verordnung 1998/2006/EG

- Die Verordnung erfasst keine Bürgschaften im Einzelfall: Erforderlich ist stets eine Bürgschaftsregelung (vgl. Muster der komm. Spitzenverbände)
- Anmeldungsfrei sind nur Bürgschaften innerhalb bestimmter Höchstgrenzen
 - Verbürgung von max. 80% der Darlehenssumme und
 - 80%-Verbürgungsanteil darf 1,5 Mio. Euro grundsätzlich nicht übersteigen
 - Überschreitung von 1,5 Mio. Euro möglich, wenn eine von der Kommission genehmigte Berechnungsmethode für den finanziellen Gegenwert der Bürgschaft angewendet wird.
 - Berechnungsmethode für Betriebsmittelkredite: ca. 4,75 Mio. Euro möglich
 - Berechnungsmethode für Investitionsmittelkredite: ca. 5,78 Mio. Euro möglich

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Prüfungspflicht der Kommunen,
Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein
vom 17. Juli 2008 (IV 305 – 163.101 - § 86

Problem: Bürgschaften zu Gunsten des PUs

Werden die Bürgschaften zu marktunüblichen Konditionen gewährt?

→ Maßgeblich ist die neue Bürgschaftsmitteilung 2008, ABI. EU C 155/2008

Beispiele:

- die Bürgschaft besichert mehr als 80% des Kreditbetrags
- es wird keine marktübliche Bürgschaftsprämie (Avalprovision) verlangt
- Bereits die Gewährung einer Bürgschaft kann eine Beihilfe darstellen. Der Eintritt des Bürgschaftsfalls ist nicht erforderlich.
- für die Bestimmung der marktüblichen Prämie ist stets ein Rating erforderlich, um das Ausfallrisiko sachgerecht zu beurteilen!
- Eine pauschale Avalprovision – wie etwa 0,5% der Bürgschaftssumme p. a. – führt mangels individueller Risikobeurteilung stets zur Beihilfe
- Häufig sind Kommunalbürgschaften beihilferechtlich verjährt → Prolongationen und Umschuldungen können zu neuen Beihilfen führen → vorab Rechtsrat zu Gestaltungsmöglichkeiten einholen

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Bürgschaften zu Gunsten des PUs

Lösungsmöglichkeiten:

- **Gewährung der Bürgschaften zu marktüblichen Konditionen gemäß der Bürgschaftsmitteilung 2008**
- **Bürgschaft im Rahmen der Freistellungsentscheidung zur Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge
→ Betrauungsakt erforderlich!**

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

3. Fallvariante:

Macht es für die EU-Beihilfenrechtliche Beurteilung einen Unterschied, ob die Gemeinde M unmittelbar an der französischen Grenze liegt?

III. Beihilfenrecht anhand von Fällen

Problem: Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG ist nur dann gegeben, wenn die betreffende Maßnahme einen grenzüberschreitenden Bezug hat.

1.) Unmittelbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

→ Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug infolge der Grenznähe der erbrachten Leistung (ca. 50 km, KOM-Entscheidung Freizeitbad Dorsten)

2.) Auch mittelbare Beeinträchtigung ausreichend:

→ der rein örtliche bzw. regionale Charakter der erbrachten Leistung oder die geringe wirtschaftliche Bedeutung schließen eine Beihilfe nicht per se aus (vgl. EuGH-Urteil „Altmark Trans“).

→ Entscheidend ist vielmehr, ob durch die Subventionierung lokaler Unternehmen den Wettbewerbern aus anderen EU-Staaten der Marktzugang erschwert wird

→ Jedenfalls eine mittelbare Beeinträchtigung ist in der Regel gegeben

III. Zusammenfassung

III. Zusammenfassung

EU-Beihilfenrechtliche „Grundregeln“

EU-relevante Beihilfen sind nicht nur direkte Zuschüsse, sondern alle marktunüblichen wirtschaftlichen Vorteile (z.B. Bürgschaften, Kapitaleinlagen)

Die Gewährung von Beihilfen ohne Anmeldung bei der Kommission bedingt erhebliche rechtliche Risiken (Rückforderung, Nichtigkeit und Schadensersatz)

Die Finanzierung der kommunalen Daseinsvorsorge ist beihilferechtlich privilegiert, aber nicht per se zulässig: Erforderlich ist stets u. a. ein Betrauungsakt!

Der rein örtliche bzw. regionale Charakter der erbrachten Leistung oder die geringe wirtschaftliche Bedeutung schließen eine Beihilfe in der Regel nicht aus.

Bei Bürgschaften: - Die Avalprovision ist stets anhand eines Ratings zu bestimmen.
- Ein pauschales Entgelt führt regelmäßig in die Beihilfe!

IV. Ausblick

IDW – Prüfungsstandard: „Prüfung von Beihilfen nach Art. 87 EG-Vertrag zugunsten öffentlicher Unternehmen“

- Pflicht des Abschlussprüfers, die zutreffende Darstellung und Bilanzierung beihilferechtlicher Risiken im Jahresabschluss und im Lagebericht zu überprüfen!
- Mögliche Konsequenzen:
 - Beschreibung beihilferechtlicher Risiken im Lagebericht;
 - Berichterstattung im Prüfbericht (§ 321 Abs. 1 HGB);
 - Einschränkung des Bestätigungsvermerks;
 - Prüfungshemmnis für den Fall, dass die Zulässigkeit einer Beihilfe nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilt werden kann.

Handlungsempfehlung:

- Rechtzeitige Identifizierung („screening“) beihilferechtlicher Risiken im Hinblick auf Jahresabschluss 2010
- Achtung: Rückforderungsfrist für Beihilfen (= Risikozeitraum): 10 Jahr!



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Kontakt:

Rechtsanwalt

Dr. Carsten Jennert, LL.M.

KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Niederlassungen Köln/München

Tel: 0221 – 271 689 1

Mobil: 0173 576 46 14

cjennert@kpmg-law.com