

Finanzierung kommunaler Beteiligungsunternehmen im Lichte des Beihilfenrechts

– Teil 2 –

– von RA Dr. Julian Faasch und RAin Isabell Praefke, Düsseldorf –*

In kommunalen Konzernen sind zahlreiche Geschäftsfelder dauerhaft defizitär. Dies betrifft insbesondere Verkehrs-, Bäder-, Tourismus- und Kulturbetriebe sowie Sozialeinrichtungen. Die entsprechenden Tätigkeiten können von den kommunalen Beteiligungsunternehmen nur sichergestellt werden, weil die Kommune sie finanziell dabei unterstützt. Die finanzielle Unterstützung kommunaler Beteiligungsunternehmen durch den Ausgleich bestehender Verluste steht seit jeher im Fokus des europäischen Beihilfenrechts. Daneben werden kommunale Beteiligungsunternehmen oftmals durch Bürgschaften oder Darlehen finanziell abgesichert. Zudem ist es üblich, Gewinne zu thesaurieren oder das Eigenkapital des Beteiligungsunternehmens zu erhöhen, um anstehende Investitionen im Unternehmen zu ermöglichen. Derartige Maßnahmen sind stets unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten. Mit diesem Beitrag sollen die Unternehmen der Versorgungswirtschaft dafür sensibilisiert werden, eine unionsrechtswidrige Beihilfe bereits vor der Gewährung zu vermeiden. In Teil 1 des Beitrags ging es zunächst um den Tatbestand der Beihilfe, wobei die wesentlichen Problemkreise am Beispiel des Verlustausgleichs aufgezeigt wurden. Ferner wurden die beihilfenrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der Gewährung von Bürgschaften und Darlehen dargestellt.¹ Der vorliegende Teil 2 des Beitrags befasst sich mit Gewinnthesaurierungen und Eigenkapitalerhöhungen. Im Anschluss daran werden Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Beihilfen vorgestellt, um einer im Einzelfall erforderlichen Anmeldung der Beihilfe bei der Europäischen Kommission entgegenzuwirken. Weiter geht es darum, was im Zusammenhang mit einer anmeldepflichtigen Beihilfe zu beachten ist, die nicht gerechtfertigt ist.

I. Grundlagen

Sowohl Gewinnthesaurierungen als auch Eigenkapitalerhöhungen können Beihilfen darstellen. Nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind Beihilfen grundsätzlich unzulässig und können nur unter engen Voraussetzungen bewilligt werden. Ob eine Finanzierungsmaßnahme eine Beihilfe darstellt, hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in erster Linie die Kommune zu prüfen.² Aber auch das kommunale Beteiligungsunternehmen hat die beihilfenrechtliche Zulässigkeit zu untersuchen. Dies folgt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus der Sorgfaltspflicht der Geschäftsführung.³ Zudem muss das Unternehmen als Adressat einer etwaigen Rückzahlungsverpflichtung im Fall einer unzulässigen Beihilfe gegebenenfalls Rückstellungen bilden. Daher empfiehlt es sich, schon vor der Durchführung der entsprechenden Finanzierungsmaßnahme zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe vorliegen.

Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Beihilfe sind in Art. 107 Abs. 1 AEUV festgeschrieben. Danach muss es zu einer Begünstigung (nachfolgend unter **II.1.**) eines bestimmten Unternehmens (nachfolgend unter **II.3.**) aus staatlichen Mitteln (nachfolgend unter **II.2.**), einer daraus resultierenden Wettbewerbsverfälschung (nachfolgend unter **II.4.**) und zusätzlich zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels kommen (nachfolgend unter **II.5.**).

II. Beihilfencharakter einer Eigenkapitalerhöhung

1. Begünstigung

Die Begünstigung ist in der beihilfenrechtlichen Praxis der Kernpunkt einer jeden Prüfung. Dabei umfasst eine Begünstigung jeden marktunüblichen Vorteil ohne angemessene Gegenleistung, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen und ohne Eingreifen des Staates nicht erhalten hätte.⁴ Von Belang sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern allein die Auswirkung der Maßnahme. Dabei kann sowohl die Gewährung positiver Vorteile als auch die Befreiung von wirtschaftlichen Lasten zu einer Begünstigung führen.⁵

* Dr. Julian Faasch ist als Rechtsanwalt bei der ES EversheimStuible Rechtsanwaltskanzlei mbH tätig. Sein Fokus richtet sich dort neben dem Beihilfenrecht auf (Konzessions-)Vergabeverfahren und energiewirtschaftliche Fragestellungen. Isabell Praefke ist ebenfalls Rechtsanwältin bei der ES EversheimStuible Rechtsanwaltskanzlei mbH, wobei ihr Tätigkeitsschwerpunkt neben dem Beihilfenrecht im Handels- und Gesellschaftsrecht mit seinen steuerrechtlichen Bezügen liegt.

¹ Teil 1 des Beitrags wurde in Heft 10/2021, 293, vw-online.eu DokNr. 21006399 veröffentlicht.

² BGH, Urteil vom 05.12.2012 – I ZR 92/11.

³ EuGH, Urteil vom 20.03.1997 – C-24/95.

⁴ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/15.

⁵ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/15.

Ob eine Eigenkapitalerhöhung eine Begünstigung darstellt, hängt maßgeblich davon ab, ob sie normalen Marktbedingungen entspricht. Um dies zu beurteilen, greifen die Europäische Kommission und die Rechtsprechung auf eine Überprüfung nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers bzw. Investors zurück, den sogenannten Private-Investor-Test. Der Private-Investor-Test geht auf einen im Jahr 1984 veröffentlichten Standpunkt der EU-Kommission zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen („**Beteiligungsmitteilung**“) zurück.⁶ Mithilfe des Private-Investor-Tests wird geprüft, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor von vergleichbarer Größe und in ähnlicher Lage wie die Kommune die Kapitalmaßnahme, hier die Eigenkapitalerhöhung, auch vorgenommen hätte.⁷ Bei einer Eigenkapitalerhöhung ist im Vorfeld mittels Private-Investor-Test zu prüfen, ob der Marktwert des zu begünstigenden Unternehmens durch die Maßnahme gesteigert wird. Dies geschieht, indem der Unternehmenswert vor und nach der entsprechenden Kapitalmaßnahme ermittelt wird. Ist die Differenz zwischen den beiden Werten positiv und höher als der „investierte“ Betrag, so nimmt der Marktwert des Unternehmens infolge der Kapitalmaßnahme zu. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber die Maßnahme nicht durchgeführt hätte.

Auf der Basis der zuvor zitierten Beteiligungsmitteilung ergeben sich bestimmte Fallgruppen, bei denen dem ersten Anschein nach eine Begünstigung und damit ein Beihilfenverdacht besteht. In diesen Fällen ist zwingend ein Private-Investor-Test durchzuführen. Dieser Anscheinsverdacht besteht u. a., wenn

- die Finanzlage des Unternehmens es nicht erwarten lässt, dass innerhalb einer angemessenen Frist eine normale Rendite erzielt werden kann,
- das Unternehmen über unzureichende Selbstfinanzierungsmöglichkeiten an den Kapitalmärkten verfügt oder
- sich bei gemischt öffentlich-privaten Unternehmen der öffentliche Anteilseigner überproportional an einer Kapitalmaßnahme beteiligt.⁸

2. Staatliche Mittel

Sofern in der Eigenkapitalerhöhung eine Begünstigung liegt, muss diese aus staatlichen Mitteln erfolgen und dem Staat zurechenbar sein.⁹ Hierunter fällt nicht nur die Eigenkapitalerhöhung, die unmittelbar aus Haushaltsmitteln der betreffenden Kommune bestritten wird, sondern grundsätzlich auch diejenige, die aus Mitteln öffentlicher Unternehmen gewährt wird (z. B. von einer kommunalen Holdinggesellschaft).¹⁰

Für den letzteren Fall, dass die Eigenkapitalerhöhung durch ein öffentliches Unternehmen erfolgt, ist ein besonderes Augenmerk auf die Zurechenbarkeit zur öffentlichen Hand zu richten. Es bedarf eines Nachweises, dass die öffentliche Hand das Unternehmen konkret veranlasst hat, die fragliche Kapitalmaßnahme zu ergreifen. Daher hat die EU-Kommissi-

on eine Reihe von Indikatoren für die Zurechenbarkeit bestimmt. Danach kann die Zurechenbarkeit schon vermutet werden, wenn die beschließenden Organe des die Begünstigung gewährenden Unternehmens mit Vertretern der öffentlichen Hand besetzt sind. Es liegen sodann Faktoren organisationsrechtlicher Art vor, die das öffentliche Unternehmen mit dem Staat bzw. der Kommune verbinden.¹¹

Erhöht also beispielsweise eine städtische Holdinggesellschaft bei einem (Tochter-)Unternehmen das Eigenkapital, liegt ein Indikator für die Zurechenbarkeit vor. Allerdings ist dieser Indikator allein nicht maßgebend. Es muss stets anhand des Einzelfalls geprüft werden, ob die konkrete Maßnahme in irgendeiner Weise auf die Kommune zurückzuführen ist.¹²

3. Begünstigung eines bestimmten Unternehmens

Die Eigenkapitalerhöhung muss sich auf ein bestimmtes Unternehmen beziehen, also selektiv sein. Maßnahmen von rein allgemeinem Charakter, die nicht bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen, fallen nicht hierunter. Ein besonderes Augenmerk ist in diesem Zusammenhang auf den Begriff des Unternehmens zu richten. Er umfasst nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.¹³ Der Ordnung halber weisen wir an dieser Stelle darauf hin, dass die Rechtsform des betreffenden Unternehmens nicht entscheidend ist. So kann z. B. auch ein Sportverband oder ein Eigenbetrieb ein Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts sein.¹⁴

4. Wettbewerbsverfälschung

Die staatliche Maßnahme, also vorliegend die Eigenkapitalerhöhung, muss zudem geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Maßnahme tatsächlich oder potenziell in ein Wettbewerbsverhältnis eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert. Die EU-Kommission geht aufgrund der ständigen EuGH-Rechtsprechung zu diesem Tatbestandsmerkmal davon aus, dass jede Maßnahme, die einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig einen Vorteil gewährt, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Sollte also einem Unternehmen Kapital zugeführt werden, während ein anderes Unternehmen keinen derartigen finanziellen Vorteil erhält, kann diese Maßnahme dazu geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen und die Wettbewerbsposition gegenüber der Konkurrenz zu verbessern.

Der Ordnung halber weisen wir darauf hin, dass die EU-Kommission beim Betrieb von Netzen, sofern sie ein natürliches Monopol darstellen, eine Wettbewerbsverfälschung ablehnt. In einer Netzinfrastruktur ergänzen sich nach Auffassung der EU-Kommission die einzelnen Netze untereinander, anstatt miteinander im Wettbewerb zu stehen.¹⁵ Vor diesem Hintergrund lässt es sich vertreten, dass eine Eigenkapitalerhöhung, sofern sie beispielsweise dem Strom-, Gas- oder Wassernetzbetrieb dient, keine Wettbewerbsverfälschung mit sich bringt und keine Beihilfe vorliegt. Allerdings weisen wir darauf hin, dass die Auffassung der EU-Kommission bisher nicht durch die Rechtsprechung präzisiert oder bestätigt worden ist.

⁶ EU-Kommission, Staatliche Kapitalzuführungen, Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften, Bulletin EG 9-1984.

⁷ EuGH, Urteil vom 10.12.2020 – C-160/19 P; EuG, Urteil vom 06.04.2017 – T-219/14.

⁸ EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, 2016/C 262/01, Rn. 73 ff.; EU-Kommission, Staatliche Kapitalzuführungen, a. a. O.; EuG, Urteil vom 12.12.1996 – T-358/94.

⁹ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/9.

¹⁰ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/11.

¹¹ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/10.

¹² EuGH, Urteil vom 10.12.2020 – C-160/19 P.

¹³ Siehe Teil 1 des Beitrags.

¹⁴ Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 32.

¹⁵ EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016 – C 262/46.

5. Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten

Eine Handelsbeeinträchtigung liegt vor, wenn die Maßnahme tatsächlich oder potenziell Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel hat.¹⁶ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn sich Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten davon abhalten lassen, in einer bestimmten Region zu investieren, weil hier ein staatlich gefördertes Unternehmen tätig ist. Wie bei dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung gehörte die Frage nach der Handelsbeeinträchtigung lange Zeit zu den Prüfungspunkten, die von der EU-Kommission routinemäßig bejaht wurden. Mittlerweile haben die jüngste Entscheidungspraxis der EU-Kommission und ihre Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff einen gewissen Richtungswechsel angedeutet. So nimmt die EU-Kommission derzeit eine Reihe von Tätigkeiten unter Hinweis auf deren lokal beschränkte Wirkung von der Beihilfenkontrolle aus.¹⁷

III. Beihilfencharakter von Gewinnthesaurierungen

Bezüglich der Gewinnthesaurierungen aus den Jahresergebnissen ergibt sich unseres Erachtens keine andere Einschätzung als bei einer direkten Kapitalzuführung in Form einer Eigenkapitalerhöhung. Die Gewinnthesaurierung aus dem Jahresergebnis ist beihilfenrechtlich nicht weniger kritisch einzustufen. Bei der Thesaurierung werden die erwirtschafteten Gewinne nicht an die Gesellschafter ausgeschüttet, sondern verbleiben als Eigenkapital in der Gesellschaft. Auch der Verzicht auf bestimmte Ansprüche kann eine Begünstigung darstellen.¹⁸ Daher wird sich eine Gewinnthesaurierung nur dann rechtfertigen lassen, wenn mittels eines Private-Investor-Tests belegt ist, dass auch ein marktwirtschaftlich handelnder Investor bzw. Gesellschafter auf eine Gewinnausschüttung verzichten würde. Ohne einen entsprechenden Nachweis ist auch in dieser Konstellation von einer Begünstigung und damit einer Beihilfe auszugehen.¹⁹

IV. Rechtfertigung einer Beihilfe

Sofern eine unzulässige Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, ist zu prüfen, ob eine Rechtfertigung der Beihilfe in Betracht kommt. Sollte dies der Fall sein, kann die Beihilfe vom Erfordernis der Anmeldung bei der EU-Kommission freigestellt werden.

1. De-minimis-Verordnung

Maßnahmen, die nur einen vergleichsweise geringen Beihilfenbetrag aufweisen, haben geringe negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Daher sind solche Bagatellbeihilfen grundsätzlich von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung und Anmeldung bei der EU-Kommission freigestellt. Dabei darf die Beihilfe den Schwellenwert von bis zu 200.000 EUR in drei Steuerjahren nicht überschreiten. Rechtsgrundlage ist die De-minimis-Verordnung²⁰, deren Anwendbarkeit erst kürzlich bis zum 31.12.2023 verlängert wurde.²¹ Die De-minimis-Verordnung gilt allerdings nur für transparente Beihilfen,

für die der Beihilfenwert genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist.

Dagegen zählen Bürgschaften gerade nicht zu den transparenten Beihilfen, denn sie erfordern zur Berechnung des Beihilfenwertes eine Risikobewertung. Allerdings können sie dennoch unter die De-minimis-Verordnung fallen, wenn z. B. der Beihilfenempfänger nicht von der Insolvenz betroffen ist und die Bürgschaft höchstens einen Anteil von 80 % des Darlehens absichert sowie auf einen Betrag von 1.500.000 EUR und eine Laufzeit von fünf Jahren oder einen Betrag von 750.000 EUR und eine Laufzeit von zehn Jahren begrenzt ist.²²

Auch bei der Darlehensgewährung sind besondere Vorgaben der De-minimis-Verordnung zu beachten. So gelten Beihilfen in Form von Darlehen erst als transparente Beihilfen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Begünstigte befindet sich weder in einem Insolvenzverfahren noch liegen die Voraussetzungen zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vor.
- Das Darlehen wird durch Sicherheiten unterlegt, die sich auf mindestens 50 % des Darlehensbetrages belaufen.
- Das Darlehen übersteigt die Höhe von 1 Mio. EUR bzw. 500.000 EUR nicht und umfasst eine Laufzeit von höchstens 5 bzw. 10 Jahren
- oder der Beihilfenwert wird auf der Grundlage des zum Bewilligungszeitpunktes geltenden Referenzzinssatzes berechnet.²³

Die Voraussetzung der Laufzeitbegrenzung von Bürgschaften und Darlehen stellt eine zusätzliche Anforderung dar, die die Gewährung beider Finanzierungsmittel im Einzelfall stark einschränken kann.²⁴

Beihilfen in Form von Kapitalzuführungen (z. B. Eigenkapitalerhöhung oder Verlustausgleich) gelten dagegen schon als transparente De-minimis-Beihilfen, wenn der zulässige De-minimis-Höchstbetrag nicht überschritten wird.

2. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Sollte der Betrag von 200.000 EUR in drei Steuerjahren nach der De-minimis-Verordnung überschritten werden, könnte die Beihilfe entweder

- durch die DAWI De-minimis-Verordnung²⁵, die ebenfalls bis zum 31.12.2023 verlängert wurde²⁶, oder
- durch den DAWI-Freistellungsbeschluss²⁷ gerechtfertigt sein.

In beiden Varianten muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DAWI“) vorliegen. Eine allgemeingültige Definition für eine DAWI existiert nicht.

Es haben sich jedoch in der Praxis Kriterien herausgebildet, nach denen eine DAWI vorliegen könnte:

- Es muss sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln. Nicht wirtschaftliche Tätigkeiten können schon begrifflich keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sein.

¹⁶ EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/41 f.

¹⁷ EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016, C 262/41 ff.

¹⁸ Arhold, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Art. 107 AEUV, Rn. 133.

¹⁹ Stumpf, ZStV 2019, 81, 84.

²⁰ EU-Kommission, Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, Verordnung Nr. 1407/2013, Abl. 2013.

²¹ EU-Kommission, Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen, Verordnung Nr. 2020/972, Abl. 2020.

²² EU-Kommission, Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, Verordnung Nr. 1407/2013, Abl. 2013, L 352/6.

²³ EU-Kommission, Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, Verordnung Nr. 1407/2013, Abl. 2013, L 352/6.

²⁴ Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 105.

²⁵ EU-Kommission, Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, Verordnung Nr. 360/2012, Abl. 2012.

²⁶ EU-Kommission, Änderung der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 hinsichtlich der Verlängerung ihrer Geltungsdauer und einer befristeten Ausnahmeregelung für Unternehmen in Schwierigkeiten zur Berücksichtigung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, Verordnung Nr. 2020/1474, Abl. 2020.

²⁷ Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.

- Die Tätigkeit muss im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden. Ein starkes Indiz für ein Handeln zugunsten der Allgemeinheit liegt darin, dass Unternehmen tätig werden, obwohl es ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen widerspricht.
- Bei der Erbringung der Tätigkeiten muss ein Marktversagen zu beobachten sein. Dieses liegt vor, wenn die jeweilige Leistung ohne Intervention der öffentlichen Hand nicht in ausreichender Qualität und Umfang erbracht werden würde.²⁸

In der Praxis werden z. B. folgende Leistungen als DAWI verstanden und behandelt:

- Errichtung und Betrieb öffentlicher Krankenhäuser
- Sozialer Wohnungsbau
- Allgemeines Stadt- und Regionsmarketing, Tourismusmarketing
- Errichtung und Betrieb öffentlicher Bäder²⁹

a) DAWI-De-minimis-Verordnung

Die DAWI-De-minimis-Verordnung setzt die Geringwertigkeitsschwelle für Beihilfen auf 500.000 EUR über drei Steuerjahre im Gegensatz zur De-minimis-Verordnung herauf. Auch die DAWI-De-minimis-Verordnung gilt nur für transparente Beihilfen und birgt zum Teil Besonderheiten für das jeweilige Finanzierungsinstrument in sich. So können z. B. Kommunalbürgschaften, die aufgrund einer Bürgschaftsregelung gewährt wurden, von einer höheren Geringwertigkeitsschwelle profitieren, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Der Beihilfenempfänger befindet sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten;
- Der verbürgte Teil des Darlehens ist auf 3.750.000 Euro begrenzt und
- die Bürgschaft ist auf 80 % der ausstehenden Kreditverbindlichkeiten begrenzt.

Beihilfen in Form von Kapitalzuführungen (z. B. Eigenkapitalerhöhung oder Verlustausgleich) gelten auch hier bereits als transparente Beihilfen, wenn der Gesamtbetrag der zugeführten öffentlichen Mittel unter dem Höchstbetrag der DAWI-De-minimis-Verordnung liegt. Dagegen werden Beihilfen in Form von Darlehen als transparente De-minimis-Beihilfen behandelt, sofern der Beihilfenwert auf der Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden Referenzzinssatzes berechnet wurde.

b) DAWI-Freistellungsbeschluss

Der DAWI-Freistellungsbeschluss ist aus kommunaler Sicht wohl das Herzstück und die wichtigste Regelung zur rechtssicheren Ausgestaltung diverser Finanzierungsmöglichkeiten. Im DAWI-Freistellungsbeschluss sind die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mit dem EU-Beihilfenrecht vereinbar sind und nicht vorab bei der EU-Kommission angemeldet werden müssen. Dabei ist zu beachten, dass der DAWI-Freistellungsbeschluss für Ausgleichsleistungen von nicht mehr als 15 Mio. EUR pro Jahr für die Erbringung von DAWI mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur anwendbar ist. Dieser Schwellenwert gilt nicht pro DAWI-Erbringer, sondern pro DAWI. Demnach kann ein und dasselbe Unternehmen diesen Schwellenbetrag mehrmals ausreizen, sofern voneinander unterscheidbare DAWI erbracht werden.³⁰

Grundsätzliche Voraussetzung einer DAWI-Freistellung ist, dass dem Unternehmen kraft eines öffentlichen Hoheitsaktes, des sog. Betrauungsaktes, die besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbindlich auferlegt werden.³¹ Dabei regelt der DAWI-Freistellungsbeschluss auch schon in Art. 4 verbindliche Mindestinhalte eines Betrauungsaktes und erleichtert in der Praxis die Ausgestaltung für die Kommune. Gängige Vorgehensweise ist, dass der Gemeinderat den Betrauungsakt beschließt und dieser im Anschluss durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung des Beteiligungsunternehmens als verbindliche Weisung an die Geschäftsführung umgesetzt wird.³² Die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses ist nicht auf transparente Beihilfen beschränkt. Allerdings ist es erforderlich, in dem Betrauungsakt die konkrete Finanzierung ordnungsgemäß abzubilden und abzugrenzen, um im Einzelfall eine verbotene Quersubventionierung etwaiger kommerzieller Tätigkeiten zu vermeiden.³³

3. AGVO

Abschließend ist noch die AGVO³⁴ zu benennen, auch wenn diese nicht so praxisrelevant ist wie die (DAWI-)De-minimis-Verordnung oder der DAWI-Freistellungsbeschluss. Aus der Sicht der Kommune sind dabei insbesondere die Möglichkeiten zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen relevant. So sind z. B. Beihilfen für Kultur-, Sport- und Multifunktionsinfrastrukturen sowie für lokale Infrastrukturen auf der Grundlage der AGVO freistellungsfähig.

V. Umgang mit nicht gerechtfertigten anmeldepflichtigen Beihilfen

1. Das Anmeldeverfahren

Erfüllt eine Maßnahme den Tatbestand der Beihilfe und ist nicht gerechtfertigt, dann ist sie gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV vor ihrer Durchführung bei der EU-Kommission zur Prüfung und Genehmigung anzumelden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Anmeldeprozess zeitintensiv sein kann und eine Genehmigung nur in seltenen Fällen erfolgt.

Am Anmeldeverfahren sind die EU-Kommission selbst sowie der jeweils betroffene Mitgliedstaat beteiligt, wobei in Deutschland das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in der Regel das Anmeldeverfahren in Abstimmung mit dem Bund und den weiteren Beteiligten (Beihilfengeber und -empfänger) koordiniert.³⁵ Zu Beginn besteht die Möglichkeit, in einer sog. Pränotifizierung das jeweilige Vorhaben der EU-Kommission vorzustellen und Fragen zum Umfang und zur Ausgestaltung des Anmeldeantrags anzusprechen. Nachdem der endgültige Anmeldeantrag eingereicht wurde, leitet die EU-Kommission ein vorläufiges Prüfverfahren ein, indem sie das Vorliegen einer Beihilfe und ggf. die Vereinbarkeit der beabsichtigten Beihilfe mit dem Binnenmarkt prüft. In diese Prüfung werden insbesondere die Legalausnahme nach Art. 107 Abs. 2 AEUV bzw. eine mögliche Ermessensentscheidung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV einbezogen.

²⁸ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfadens EU-Beihilfenrecht, Band 3, DAWI und Infrastrukturfinanzierung, S. 21 ff.

²⁹ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfadens EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 63.

³⁰ Bartosch, Kommentar EU-Beihilfenrecht, Beschluss 2012/21/EU, Art. 2 Rn. 2.

³¹ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfadens EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 64.

³² Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfadens EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 65.

³³ Leippe, EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis, S. 107.

³⁴ EU-Kommission, Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Verordnung Nr. 651/2014, ABl. 2014.

³⁵ Land Hessen, Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, S. 22.

Falls die EU-Kommission die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem EU-Recht bejaht, kann sie bereits jetzt eine Genehmigungsentscheidung erlassen. Ansonsten wird das förmliche Prüfverfahren eingeleitet.³⁶ Am Ende des förmlichen Prüfverfahrens steht entweder eine Genehmigungsentscheidung oder eine Negativentscheidung, mit der die Unvereinbarkeit der geplanten Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt festgestellt wird.³⁷

2. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Anmeldepflicht

Solange die EU-Kommission keine abschließende Entscheidung erlassen hat, darf die Maßnahme nicht durchgeführt werden. Ansonsten können sich insbesondere Konsequenzen nach nationalem Recht ergeben. Es besteht z. B. die Gefahr, dass ein Wettbewerber im Wege einer Konkurrentenklage vor einem deutschen Zivilgericht auf Unterlassung und Rückzahlung des gewährten Vorteils klagt.³⁸ Auch kann ein zwischen dem Beteiligungsunternehmen und der Kommune abgeschlossener Vertrag als nichtig erachtet werden, sodass die Zahlung der Beihilfe ohne jegliche Rechtsgrundlage erfolgte und nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs) zurückverlangt werden könnte. Auch strafrechtliche Sanktionen sind denkbar. So kann der Straftatbestand des Subventionsbetrugs relevant sein (§ 264 des Strafgesetzbuchs).

Da eine rechtswidrige Beihilfe der Rückforderung unterliegen kann, ist es auch eine besondere Herausforderung, dieses Risiko im Jahresabschluss abzubilden. Dies ist einerseits für den Geschäftsführer eines Beteiligungsunternehmens von Interesse, der für die ordnungsgemäße Erstellung des Jahresabschlusses den Gesellschaftern gegenüber verantwortlich ist. Andererseits sind aufseiten der öffentlichen Hand selbst die leitenden Personen an die haushaltsrechtlichen Pflichten zur ordnungsgemäßen Mittelverwendung gebunden. Da bis

zur abschließenden Entscheidung der EU-Kommission die Rechtmäßigkeit einer gewährten Beihilfe nicht endgültig feststeht, ist auch die Rückzahlungsverpflichtung bis zu diesem Zeitpunkt unsicher. Sie hat damit auf der Seite des Empfängers den Charakter einer ungewissen Verbindlichkeit, für die eine Rückstellung zu bilden ist. Dies gilt jedenfalls, soweit bei sachgerechter Beurteilung durch die Geschäftsführung die Inanspruchnahme auf Rückzahlung wahrscheinlicher ist als die Nichtinanspruchnahme.³⁹ Auf Seiten der Kommune als Beihilfengeberin ist dagegen erst mit der Geltendmachung einer Rückforderung eine entsprechende Forderung in der Bilanz abzubilden.⁴⁰

VI. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sowohl die Eigenkapitalerhöhung als auch die Gewinnthesaurierung Beihilfen darstellen können. Beihilfen sind grundsätzlich unzulässig und können nur unter strengen Voraussetzungen bewilligt werden. Liegt eine Beihilfe vor, muss diese grundsätzlich vorab bei der EU-Kommission angemeldet werden. Bei nicht im Einklang mit dem europäischen Beihilfenrecht stehenden Maßnahmen besteht grundsätzlich das Risiko, dass diese, sofern keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, als unzulässige Beihilfe vom Empfänger zurückgezahlt werden müssen.

Sollte die Maßnahme eine unzulässige Beihilfe darstellen, besteht immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung. In der Praxis lassen sich in aller Regel durch sorgfältige Analyse der jeweiligen Beihilfe und des Sachverhalts Lösungen auf Rechtfertigungsebene finden. So stellt insbesondere der Betrauungsakt ein bewährtes Mittel dar, um DAWI abzusichern. Gerade die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Beihilfenrecht zeigen jedoch auf, dass in jedem Fall die jeweilige Maßnahme und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilfenrecht hinreichend zu prüfen sind.

³⁶ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 91 f.

³⁷ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 92.

³⁸ Land Hessen, Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, S. 89.

³⁹ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 99.

⁴⁰ Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, Band 1, Grundlagen, S. 100.

Onlineseminar / 29. November 2021 / 10:00 – 12:00 Uhr

VERSORGENSWIRTSCHAFT
kompaktseminare



Aktuelle umsatzsteuerliche Fragestellungen in der Energiewirtschaft



vw-online.eu

Im Rahmen des Online-Seminars werden die aktuellen rechtlichen Vorschriften für die umsatzsteuerliche Behandlung vorgestellt. Regelmäßig gibt es Neuerungen, die in der Praxis relevant sind, beispielsweise mit Blick auf das Reverse-Charge-Verfahren, umsatzsteuerliche Leistungsbeziehungen bei den regenerativen Energien oder im Bereich der Elektromobilität. Diese stehen im Vordergrund des Seminars, das von RAin/StBin/FAinStR Gisela Hafner, E.ON SE, gehalten wird.

Weitere Informationen finden Sie unter: vw-online.eu/online-seminare