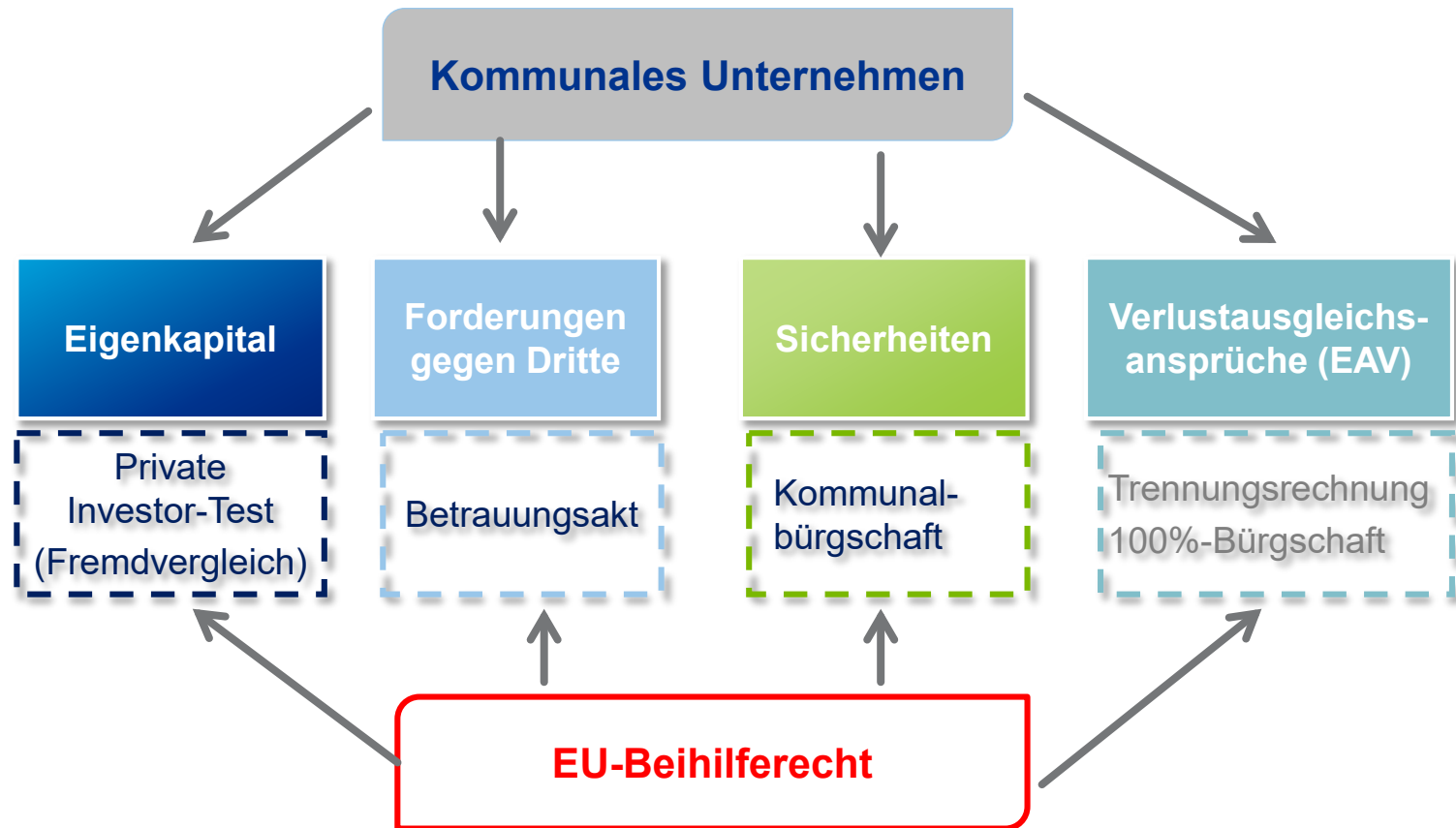




Beihilferechtliche Sachverhalte im Konzern Kommune:

- Eigenkapitalzuführungen
- Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt
- Sicherheiten
- Verlustausgleichsansprüche aus EAV



Private Investor-Test

- Eigenkapitalzuführungen öffentlicher Gesellschafter zugunsten ihrer Unternehmen sind grds. am sog. Private Investor-Test (Fremdvergleich) zu messen, um verbotene Beihilfen zu identifizieren
- Die EU-Kommission nimmt die Berechnungen bei Private Investor-Tests anhand der anerkannten Methodik für Investitionsrechnungen und Unternehmensbewertungen vor
- Der Private Investor-Test beruht auf einer ex ante-Prognose. Es handelt sich jedoch um einen objektiven Maßstab und die Kommission verlangt eine entsprechende Dokumentation.



Fragestellung: Würde ein privater Investor die in Rede stehende Investition tätigen?

Eigenkapitalzuführungen

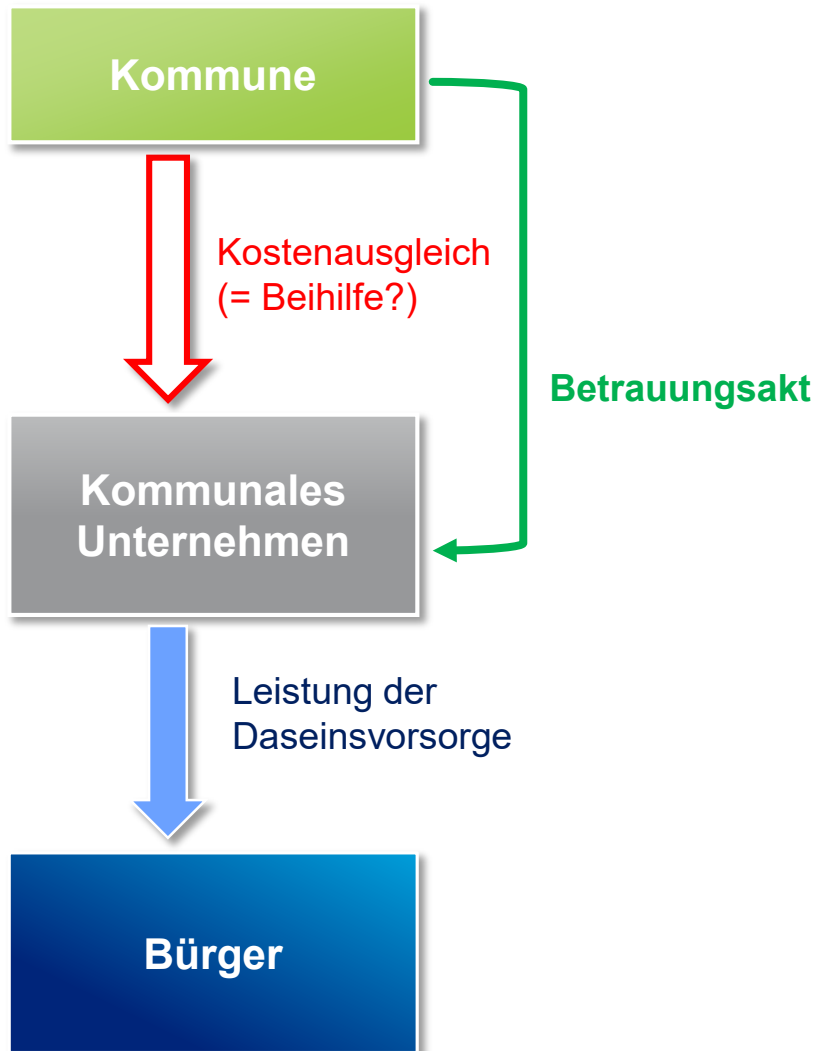




Bonitätsrelevante beihilferechtliche Sachverhalte:

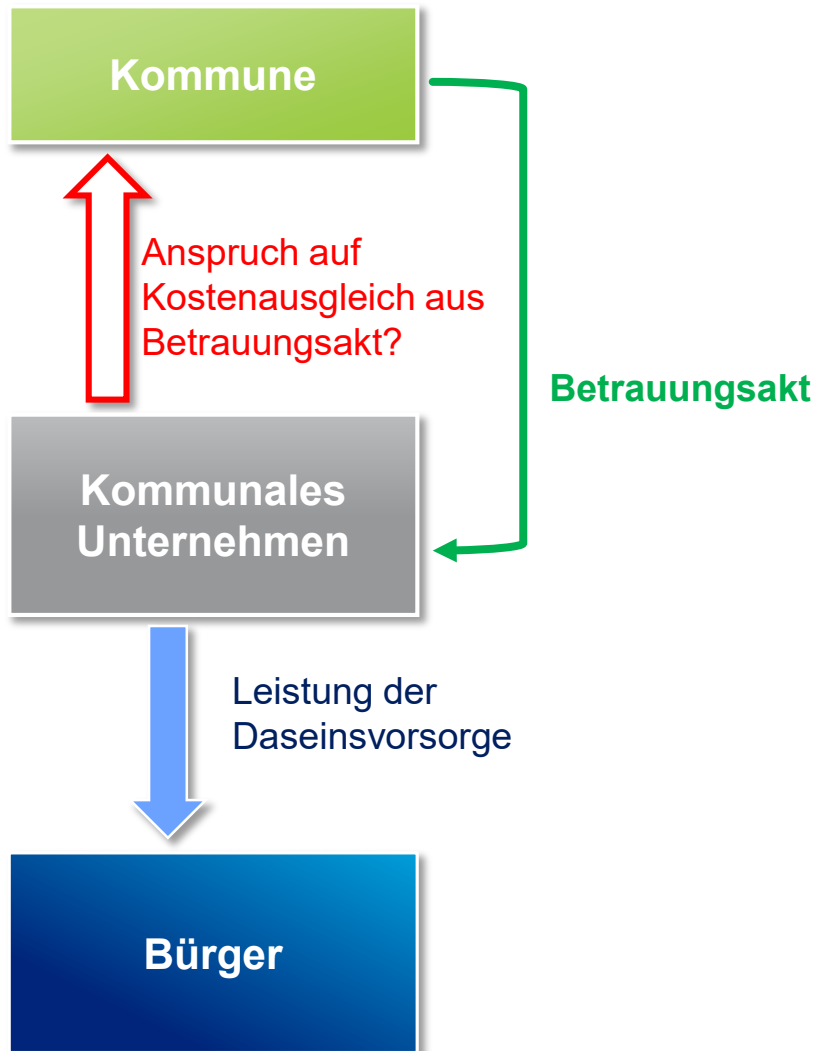
- Eigenkapitalzuführungen
- Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt
- Sicherheiten
- Verlustausgleichsansprüche aus EAV

Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt



- Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge sind häufig nicht kostendeckend zu erbringen - Verstoß gegen Beihilferecht ?
- Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DawI“) betraut sind, sieht Art. 106 Abs. 2 AEUV Ausnahmen vom Beihilfepflicht vor
 - Freistellungsbeschluss 2012/21/EU erlaubt Ausgleichszahlungen bis 15 Mio. Euro p. a. **ohne** Notifizierung
 - DawI-Rahmen erlaubt Ausgleichszahlungen über 15 Mio. p. a. **mit** Notifizierung
 - Bei Erfüllung Altmark Trans-Kriterien ist Beihilferecht nicht anwendbar, aber: erhebliche Rechtsunsicherheit
- **Voraussetzung in allen Fällen: Betrauungsakt**
- Auswirkung Betrauungsakt – Bonität?

Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt



- Betrauungsakte müssen rechtsverbindlich sein (vgl. u. a. KOM, SA.31550, C(2012)1731/4)
- Die Rechtsverbindlichkeit dürfte regelmäßig dazu führen, dass dem betrauten Unternehmen ein Anspruch auf die Ausgleichszahlung zusteht - andernfalls kommt aufgrund der Dawl-Verpflichtung ein enteignungsgleicher Eingriff in Betracht
- Der Zahlungsanspruch gegen die Kommune aus dem Betrauungsakt wirkt sich insbesondere bei defizitären Unternehmen positiv auf die Bonität aus
- Je länger die Laufzeit des Betrauungsakts/ Anspruchs, um so besser für die Bonität – aber:
 - Beihilferechtliche Begrenzung max. 10 Jahre
 - Haushaltsrecht: Verpflichtungsermächtigung?
 - auch bei Widerrufvorbehalt positive Wirkung für Bonität?

→ **Gestaltungsspielraum!**

Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt

„NRW-Modell“

Vgl. Leitfaden NRW zur EG-beihilfenrechtskonformen Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, Mai 2008

- Betrauung durch Verwaltungsakt in Form eines Zuwendungsbescheides mit ANBest-I auf Antrag:
 - institutionelle Förderung (Fehlbedarfsfinanzierung);
 - Verwaltungsakt ist rechtsverbindlich und durchsetzbar
 - Vorab-Festlegung der Kostenparameter durch Defizit-Kalkulation im Wirtschaftsplan (Anlage zum Antrag)
 - Definition der Dawl-Aufgaben im Förderzweck;
 - „automatische“ Rückzahlungsverpflichtung (§ 49a VwVfG) bei Überkompensation infolge von Mehreinnahmen oder Minderausgaben im Wege einer auflösenden Bedingung;
 - **Umsatzsteuer:** Ausgestaltung als nicht umsatzsteuerbarer „echter Zuschuss“ möglich; positive verbindliche Auskünfte von Finanzämtern aus NRW, Niedersachsen, Sachsen, BaWü und Thüringen liegen vor

Fazit:

1. NRW-Modell bietet die aktuell größtmögliche Rechtssicherheit
2. Öff.-rechtl. Forderung aus Zuwendungsbescheid wirkt sich positiv auf Bonität aus

„Münchener Modell“

Vgl. Duschner/Lang-Hefferle/Scharpf, BayVBl. 2010, S. 364 ff.

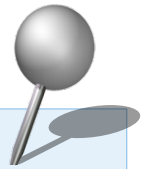
- Betrauung durch Ratsbeschluss und gesellschaftsrechtliche Weisung:
 - Rechtsverbindlichkeit des Ratsbeschlusses?
 - bei Aktiengesellschaft: mangels Weisungsgebundenheit des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) ungeeignet;
 - bei GmbH: gesellschaftsrechtliche Weisung verpflichtet nur die Geschäftsführung, nicht das Unternehmen;
 - Rückforderungsanspruch bei Überkompensation im Sinne von Art. 6 Freistellungsbeschluss / Trennungsrechnung?
 - **Umsatzsteuer:** Kapitaleinlage des Gesellschafters kann Leistungsaustausch begründen (FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.08.2011, Az. 4 K 51/10).

Fazit:

1. Münchener Modell mit rechtlichen und umsatzsteuerlichen Unsicherheiten behaftet
 2. Münchener Modell hat mangels Rechtsverbindlichkeit/Zahlungsanspruch keine positive Wirkung auf die Bonität/Finanzierung
- ➔ **vgl. BGH, Urteil v. 24.03.2016, I ZR 263/14**

Fazit

- Bei der Vornahme einer Betrauung und der Entscheidung für ein Betrauungsmodell sollten Kommune und kommunales Unternehmen neben den beihilferechtlichen Vorgaben auch die Bedeutung im Rahmen einer etwaigen zukünftigen Finanzierung berücksichtigen und ggf. mit den Hausbanken zu diskutieren
- Bei der Finanzierung betrauter kommunaler Unternehmen prüfen die Banken die Ordnungsmäßigkeit der Betrauung zunehmend kritisch





Bonitätsrelevante beihilferechtliche Sachverhalte:

- Eigenkapitalzuführungen
- Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt
- Sicherheiten
- Verlustausgleichsansprüche aus EAV

Ausgangslage:

- Als Sicherheit werden bei Finanzierungen insbesondere defizitärer kommunaler Unternehmen häufig Bürgschaften der Gesellschafterkommune eingesetzt
- Eine Kommunalbürgschaft ist jedoch nur bei Erfüllung der nachfolgenden vier Kriterien keine notifizierungspflichtige Beihilfe



Kein UiS

- Das Unternehmen darf kein „Unternehmen in Schwierigkeiten“ im Sinne der Definition der Kommissions-Leitlinien (2004/C 244/02) sein
- UiS regelmäßig ausgeschlossen, wenn Refinanzierung am Kapitalmarkt ohne Bürgschaft möglich
- Der Nachweis der Refinanzierbarkeit kann durch eine Kreditwürdigkeitsanalyse geführt werden, indem ein Kreditscoring anhand von Moody's KMV RiskCalc™ ermittelt und dieses mit Anleihen am Kapitalmarkt verglichen wird, mit denen sich vergleichbare Unternehmen refinanzieren

Umfang bestimmt

- Der **Umfang der Bürgschaft muss klar definiert sein**: bestimmte Transaktion, begrenzte Laufzeit und fester Höchstbetrag
- Patronatserklärungen und Globalbürgschaften verstoßen gegen das Bestimmtheitskriterium
- Problematisch: Ergebnisabführungsverträge (siehe unten)

Besicherungsgrenze beachtet

- Die Bürgschaft darf max. 80% der Darlehensschuld besichern
- Zusätzliche Sicherheiten der öffentlichen Hand dürfen nicht zu einer höheren Besicherung führen; eigene zusätzliche Sicherheiten des Darlehensnehmers sind unschädlich
- Eine 100%-Bürgschaft ist zulässig, wenn das Unternehmen mit einer Dawl betraut ist und keine anderen Tätigkeiten ausübt – aber: Regelung ist unklar und deshalb mit Risiken behaftet

Marktübliche Avalprovision

- Das Unternehmen muss für die Stellung der Bürgschaft eine marktübliche Avalprovision bezahlen
- Marktüblichkeit bedeutet, dass die Avalprovision anhand des individuellen Ausfallrisikos des Kredits ermittelt wird; pauschale Avalprovisionen wie 0,5% führen laut KOM automatisch zur Beihilfe
- Bei betrauten Dawl-Unternehmen, die keine anderen Tätigkeiten ausüben, kann Avalprovision als „Durchlaufposten“ der ausgleichsfähigen Kosten entbehrlich sein

Zwischenfazit:

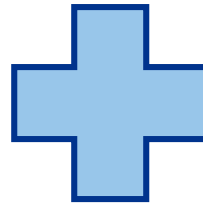


1. Bürgschaften, die die 4 Kriterien nicht erfüllen, müssen vor Gewährung bei der Kommission zur Genehmigung angemeldet werden
2. Bürgschaften, die die 4 Kriterien nicht erfüllen und nicht angemeldet werden, können bei Konkurrentenklage gemäß § 134 BGB nichtig sein
3. Die Nichtigkeit der Bürgschaft/Wegfall der Sicherheit berechtigt die Bank regelmäßig zur sofortigen Fälligestellung des Kredits und ggf. zur Geltendmachung von Schadensersatz gegen die Kommune
4. Die Genehmigung der Kommunalaufsicht umfasst regelmäßig nicht die Beihilferechtskonformität der Bürgschaft. Diese muss das kommunale Unternehmen der Bank daher meist gesondert durch eine anwaltliche Legal Opinion bestätigen

Beihilfekonformität & Vermeidung der Nichtigkeit?

Beihilfekonformität und Vermeidung der Nichtigkeit von Kommunalbürgschaften ohne Notifizierung

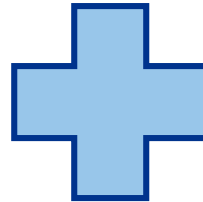
1. Beihilferechtskonforme
Ausgestaltung, insbesondere:
Marktübliche Avalprovision



2. Sicherheitsvereinbarung für
den Fall eines Verstoßes
gegen das Beihilfeverbot und
die Notifizierungspflicht

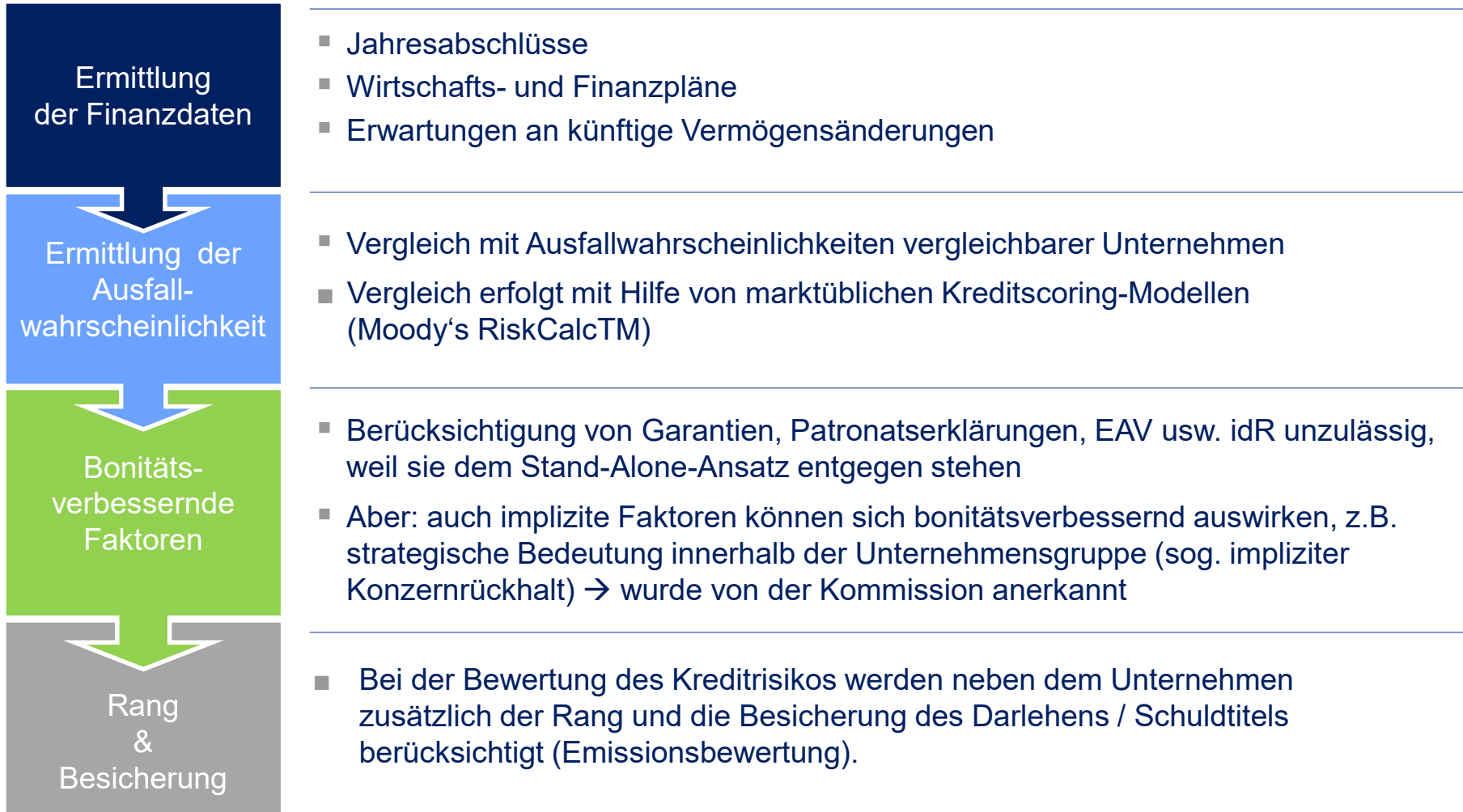
Beihilfekonformität und Vermeidung der Nichtigkeit von Kommunalbürgschaften ohne Notifizierung

1. Beihilferechtskonforme
Ausgestaltung, insbesondere:
Marktübliche Avalprovision



2. Sicherheitsvereinbarung für
den Fall eines Verstoßes
gegen das Beihilfeverbot und
die Notifizierungspflicht

1. Schritt: Kreditwürdigkeitsanalyse



2. Schritt: Ermittlung der Höhe der marktüblichen Avalprovision

Ausgangslage

Marktübliche
CDS-Prämie

Ermittlung der
Ober-/Untergrenze

Ermittlung der
marktüblichen
Avalprovision

- Das *Stand Alone*-Kreditrating des Garantienehmers ist Grundlage für die Berechnung der Ober- und Untergrenze sowie der CDS-Spreads
- Die Avalprovision / Garantieebühr entspricht dem Preis der Versicherungsprämie, die der Kreditgeber für eine Kreditausfallversicherung zu zahlen bereit wäre, um das Kreditrisiko am Kapitalmarkt zu verkaufen (*Credit-Default-Swap*)
- Die Ermittlung der marktüblichen Avalprovision erfolgt daher durch Berechnung der sog. *Credit-Default-Swap-Spreads*
- Die Garantieebühr muss mindestens den „erwarteten Verlust“ des Garantiegebers ausgleichen. Der erwartete Verlust ist u.a. abhängig von der Ausfallwahrscheinlichkeit und der Erlösquote.
- Umgekehrt ist der Garantienehmer max. bereit, seinen Finanzierungsvorteil, d.h. die Differenz zwischen Darlehenszinssatz **mit** und **ohne** Garantie als Garantieebühr zu zahlen.
- Die marktübliche Avalprovision liegt innerhalb einer Bandbreite der CDS-Spreads und der ermittelten Ober- und Untergrenze.

Hinweis:

1. Auf der Grundlage von Jahresabschlüssen und der Wirtschafts- und Finanzplanung kann mit Hilfe von Datenbanken und finanzmathematischen Berechnungen rechtssicher und mit vertretbarem Aufwand eine marktübliche Avalprovision für jede Bürgschaft ermittelt werden
2. Die verwendete Methodik zur Ermittlung von Ratings und Vergleichszinssätzen ist von der Europäischen Kommission in mehreren Verfahren akzeptiert worden.

(u. a. KOM, Beschluss vom 03.10.2012, C 38/2008, München Terminal 2, Rn. 102f.)

Beihilfekonformität und Vermeidung der Nichtigkeit von Kommunalbürgschaften ohne Notifizierung

1. Beihilferechtskonforme
Ausgestaltung, insbesondere:
Marktübliche Avalprovision



2. Sicherheitsvereinbarung für
den Fall eines Verstoßes
gegen das Beihilfeverbot und
die Notifizierungspflicht

Nichtigkeit von Kommunalbürgschaften und deren Vermeidung:

EuGH, Urt. v. 08.12.2011 Rs. C-275/10, Residex

- Möglichkeit zur Nichtigkeitsklärung einer Bürgschaft, wenn dies zur Wiederherstellung der vorherigen Wettbewerbslage geeignet, erforderlich und angemessen ist
- Ziel: Vollständige Abschöpfung des beihilferechtswidrig erlangten Vorteils
- Aber: Es ist Sache der nationalen Gerichte, entsprechend ihrem nationalen Recht die hierfür notwendigen Maßnahmen zu treffen



BGH, Urt. v. 05.12.2012, AZ: I ZR 92/11, CEPS

- Keine zwingende Gesamtnichtigkeit eines Vertrages gemäß § 134 BGB bei Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV
- Wiederherstellung der vorherigen Wettbewerbslage auch durch Vertragsanpassung möglich (inkl. Nach- und Zinszahlung für Vergangenheit)
- Voraussetzung: Konkrete Anhaltspunkte, worauf sich die Vertragsparteien im Falle der Nichtigkeit einzelner Vertragsteile verständigt hätten

Tipp:

Vorsorglich Abschluss einer parallelen Sicherungsvereinbarung zwischen finanzierender Bank und bürgender Kommune für den Fall der (Teil-)Nichtigkeit der Bürgschaft

Bonitätsrelevante beihilferechtliche Sachverhalte:

- Eigenkapitalzuführungen
- Forderungen gegen Dritte: Betrauungsakt
- Sicherheiten
- Verlustausgleichsansprüche aus EAV



Beihilferechtliche Risiken von Ergebnisabführungsverträgen



1. Bürgschaftseffekt:

- Der EAV kommt für das defizitäre Unternehmen wirtschaftlich einer Garantie gleich
- Der Abschluss des EAV ist der Kommune zuzurechnen
- Der EAV erfüllt nicht die Kriterien der Bürgschaftsmitteilung



2. Verstoß gegen Dawl-Trennungsrechnung:

- Bei Dawl-Betrachtung und gleichzeitiger Ausübung von kommerziellen Tätigkeiten ist das Unternehmen zur Trennungsrechnung verpflichtet
- Über EAV werden ggf. beihilferechtswidrig auch solche Verluste ausgeglichen, die nicht aus der Dawl-Tätigkeit resultieren

Vgl. KOM K(2011)632 v.
23.02.2011,
Verkehrsverbund
Rhein-Ruhr

Die Folien dienen ausschließlich als allgemeiner Leitfaden; sie können keine fallbezogene Rechtsberatung ersetzen und sind weder umfassend noch ohne Weiteres als Grundlage wirtschaftlicher Entscheidungen geeignet.

Falls Sie die von KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH zur Verfügung gestellten Informationen als relevant für Ihre Zwecke ansehen sollten, liegt es in Ihrem ausschließlichen Verantwortungsbereich, diese Informationen durch eigene Untersuchungen auf inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen und zu erweitern, ehe Sie auf ihrer Grundlage wirtschaftliche Entscheidungen treffen.