

Alternativen zur Rückzahlungsverpflichtung von in Pandemie Jahren

„Zuviel“ erhaltener Mittel aus öffentlichen Kassen

von Andreas Schriefers, Rechtsanwalt, anwaltsKontor Schriefers Rechtsanwälte, Düsseldorf

Beitragsanlass

Die Unterlage ist aus Erfordernissen des Praxis infolge der pandemiebedingten Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte und die Wirtschaftsführung von aus öffentlichen Kassen ihrer Gesellschafter/Mitglieder/Träger unterstützten Organisationen entstanden.

Die Arbeitshilfe kann insbesondere für Verwaltungen und Organe von kommunal getragenen oder finanzierten Stadtmarketing-, Tourismus-, Veranstaltungs-, Messe- und Kongressorganisationen von Interesse sein, die rechtsförmlich mit *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)* gemäß den Anforderungen des Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission¹ betraut² sind.

Ziel des Beitrages ist es, eine Alternative zur bloßen Rückzahlung von insbesondere im Kalenderjahr 2020 pandemiebedingt „Zuviel“ erhaltener Mittel aus öffentlichen Kassen oder von Verrechnungen solcher Überzahlungen mit Ansprüchen in kommenden Geschäftsjahren aufzuzeigen.

Die Lösungsalternative wird am Beispiel einer neu geregelten Finanzausstattung einer Stadtmarketing- und Tourismusgesellschaft mbH für das Geschäftsjahr 2021 mit Wirkung ab dem 01.09.2021 dargestellt.

Sachverhalt

Angaben zur BEISPIELSTADT Stadtmarketing- und Tourismusgesellschaft mbH (BST)

In BEISPIELSTADT erfolgt die Wirtschaftsförderung in Form der Standort- und Tourismusförderung jeweils im öffentlichen Interesse der Stadt und ihrer Einwohnerinnen und Einwohner an einer leistungsstarken Wirtschaftsstruktur sowie allgemein zur Verbesserung der Standortbedingungen und mithin für ein Marketing zur Steigerung des Bekanntheitsgrades der Kommune.

Durch die Vermarktung insbesondere der stadtseitig vorhandenen Einrichtungen, des touristischen Angebots und der touristischen Infrastruktur sowie der Durchführung von Veranstaltungen (Stadt feste, Märkte) soll dabei die Attraktivität der BEISPIELSTADT als Reiseziel erhöht und der lokalen Einzelhandel sowie die Tourismus- und Freizeitwirtschaft insgesamt gestärkt werden.

¹ BESCHLUSS DER KOMMISSION vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut (2012/21/EU, ABl. EU vom 11. Januar 2012 Nr. L7/3).

² Eine Mitbetrachtung der Voraussetzungen einer Betrauung insbesondere unter Einbeziehung des geänderten Verständnisses der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe insbesondere auch im Zusammenhang der öffentlichen Marketing- und Tourismusförderung unterbleibt dem Format des Beitrags geschuldet.

Die Kommune ist zu 100 % an der BEISPIELSTADT Stadtmarketing- und Tourismusgesellschaft mbH (BST) beteiligt. Die Gesellschaft hat einen fakultativen (freiwilligen) Aufsichtsrat.

Die Finanzierung des laufenden Geschäftsbetriebs der BST erfolgt im Mehr-Säulen-Modell und umfasst neben Einnahmen aus eigenerwirtschafteten Mitteln im Wesentlichen Ausgleichszahlungen der BEISPIELSTADT wegen der Erbringung von Dienstleistungen von DAWI im EU-beihilferechtlichen Sinne. Hierzu erhält die BST von ihrer Gesellschafterkommune im Beispiel eine Beihilfe³ in Form von Ausgleichsleistungen als jährliche Kapitaleinlage in Höhe von 500.000 Euro.

Die Stadtverwaltung und die Geschäftsführung der BST hatten vor Erlass des Betrauungsaktes zur Minimierung eventueller beihilferechtlicher Risiken herausgearbeitet, den Weg eines DAWI⁴-Betrauungsaktes zu gehen.

Die BST hat regelmäßig die von ihrem Gesellschafter in Form von Zuschüssen (Kapitaleinlagen) und gewährten sonstigen wirtschaftlichen Vorteile auf eine Überkompensation (Minderbedarf) oder Unterkompensation (Mehrbedarf) im EU-beihilferechtlichen Sinne hin zu überprüfen. Die Gesellschafterversammlung muss sodann für das jeweilige Berichtsjahr die Über- oder Unterkompensation feststellen.

Die BST hat die erforderliche Überkompensations- und Unterkompensationsprüfung unter Einbeziehung der Ergebnisse der sog. „Trennungsrechnung“ auf Basis des Jahresabschlusses des Berichtsjahres 2020 vorgenommen. Der Aufsichtsrat hat in seiner Sitzung vom Juni 2021 das vorläufige Ergebnis der Prüfung zur Kenntnis genommen. Basis für den Verwendungsnachweis im Beihilfebericht der Geschäftsführung ist die Kostenstellenauswertung aus dem Buchhaltungssystem, die als Teil der Trennungsrechnung herangezogen wird.

Aus der Trennungsrechnung ergibt sich im Beispielfall eine Überkompensation von vorläufig 80.000 Euro und damit mehr als 10 % der für das Wirtschaftsjahr 2020 gezahlten Ausgleichsleistung von EUR 500.000 Euro. Somit war der Ausgleichsbetrag nicht auf das Geschäftsjahr 2021 vortragsfähig. Als „Überkompensation“ mit entsprechender Rückzahlungsverpflichtung ist gemäß Art. 6 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses ein Betrag anzusetzen, der *oberhalb* einer Rahmengrenze von 10 % aller im jeweiligen Geschäftsjahr aus öffentlichen Kassen an das beihilfeempfangende Unternehmen zufließenden Ausgleichszahlungen in Form von Zuschüssen (Kapitaleinlagen) und sonstiger geldwerter wirtschaftlicher Vorteile liegt.

Als vorläufiges Ergebnis der von der BST vorzunehmenden Überkompensationsprüfung im EU-beihilferechtlichen Sinne für das Geschäftsjahr 2020 war hinsichtlich der von der Kommune geleisteten Zuzahlungen in Form von Ausgleichsleistungen für die Übernahme von DAWI festzustellen, dass der

³ Eine Beihilfe liegt vor, wenn durch staatliche Mittel oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art ein bestimmtes Unternehmen begünstigt wird und hierdurch der Wettbewerb verfälscht werden kann und der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird. Beihilfen sind also Leistungen einer rechtsfähigen Einrichtung der öffentlichen Hand an eine von ihr zu unterscheidende rechtsfähige Einrichtung oder Person, die ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden und helfen soll, Ziele im öffentlichen Interesse zu verwirklichen. Eine entsprechende Beihilfe ist grundsätzlich unzulässig. Entweder muss eine Beihilfe durch die EU-Kommission genehmigt werden oder aber sie ist genehmigungsfrei, weil sie in den Anwendungsbereich einer sog. Freistellungsverordnung oder als Klein- und Bagatell-Beihilfe in den Anwendungsrahmen der De-Minimis-Verordnung fällt.

⁴ Die DAWI sind solche Tätigkeiten, die mit einer besonderen Gemeinwohlverpflichtung verbunden sind und die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden. Diese Aufgaben werden im Hoheitsgebiet der Stadt BEISPIELSTADT von privaten Unternehmen, die im eigenen gewerblichen Interesse handeln, nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen erbracht.

BST in 2020 ein „Zuviel“ an Beihilfen aus öffentlichen Kassen erhalten hat. Der Gesellschafter der BST hat aufgrund gegenüber der Planung 2020 abweichender Wirtschaftsergebnisse 2020 einen Rückzahlungsanspruch in Höhe der festgestellten Überkompensation von 80.000 Euro.

Ausgangslage | Aufgabenstellung

Aus Gründen der Liquiditätssicherung, der Vermeidung eines ressourcenintensiven Rückzahlungsverfahrens und allgemein der verbesserten Mittelausstattung sollen die im Jahr 2020 seitens der BST „Zuviel“ erhaltenen Beihilfen in die Finanzmittelausstattung des Jahres 2021 integriert werden und der Gesellschaft zur Verwendung ab dem 01.09.2021 für Aufgabenstellungen des Jahres 2021 zur Verfügung stehen. Auf diese Weise sollen zudem etwa künftig infolge der pandemiebedingten Auswirkungen auf den städtischen Haushalt entfallende Fördermittel oder deswegen nicht nutzbare Fördermittelprogramme aus sonstigen öffentlichen Kassen (EU, Bund, Land) zumindest teilweise kompensiert werden.

Verwaltung und Geschäftsführung sind sich einig, dass der „Minderverbrauch“ der in 2020 an die BST geleisteten Ausgleichsleistungen – pandemiebedingt – die Folge von nicht realisierbaren „Verbräuchen“ in Form von umsetzbaren Projekten (z. B. durch Entfall der Durchführung von Marketingkampagnen, Absage von Veranstaltungen etc.) und/oder einer veränderten Personalkostenstruktur (z. B. durch die notwendige Anrechnung und Teilkompensation von Kurzarbeitergeld) ist.

Die Haushaltslage der Stadt ermöglicht es, von einer Rückzahlung der überkompensierten Beihilfe abzusehen. Zugleich besteht Einigkeit dahingehend, dass noch in 2021 eine erhöhte Mittelzuführung an die BST in gleicher Höhe infolge von Mehrbedarfen der Gesellschaft wegen der pandemiebedingter Auswirkungen auf die Wirtschaftsführung der Gesellschaft erfolgen soll.

Letztlich soll also der aus Gründen des EU-Beihilferechts bestehende Anspruch des kommunalen Gesellschafters auf Zurückzahlung der Überkompensation mit dem Anliegen des Unternehmens auf eine verbesserte (erhöhte) Mittelausstattung in der Post-Corona-Zeit verrechnet werden.

Einordnung

Der Sachverhalt erfordert eine Einordnung der Lösung in den erforderlichen Gesamtzusammenhang zwischen EU-Beihilferecht, Gesellschafts- und Zivilrecht, Haushalts- und Kommunalrecht. Erforderlich ist insbesondere eine Analyse aus beihilferechtlicher Perspektive:

Das Ergebnis der aus Gründen des Beihilferechts für das Jahr 2020 durchgeführten Überkompensationsprüfung erfordert an und für sich eine sofort fällige Rückzahlung der seitens der BST in 2020 „Zuviel“ erhaltenen Beihilfen an den kommunalen Gesellschafter. Beihilferechtlich gilt für den Fall, dass nicht vorhersehbare Ereignisse zu einem höheren Ausgleichsbetrag im Sinne eines Mehrmittelbedarfs führen, auch dieser in dem im Freistellungsbeschluss der EU-Kommission geltenden Rahmen berücksichtigt werden kann. Dies insbesondere in dem Fall, dass die der BST aufgrund der Ausgleichsleistungen entstandenen Vorteile die dem betrauten Unternehmen aufgrund der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstandenen Nachteile überwogen haben.

Die Wiederzuführung stellt aus Sicht des EU-Beihilferechts eine sogenannte „neue“ Beihilfe dar und muss mit den Bestimmungen der an die BST ausgesprochenen Betrauung vereinbar sein.

Als Empfängerin der Beihilfe kann die BST mit ihren Gremien jeweils nur um eine Stundung und eine Mehrbedarfsausstattung bei ihrem Gesellschafter ersuchen sowie die anschließende Aufrechnung durch Verrechnung bei Fälligkeit der Gegenforderung (Erhöhung der Finanzmittelausstattung) mit der Hauptforderung (Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters) erklären. Die BST selbst kann mangels Zuständigkeit nicht über die künftige Verwendung der „neuen“ Beihilfe bestimmen.

Fragestellungen des EU-Beihilferechts und die hierfür zur Umsetzung einer Lösung eingesetzten finanz- und haushaltstechnischen Instrumente (z. B. Stundung) oder zivilgesetzlichen Grundlagen (z. B. Vorliegen der Voraussetzungen einer Aufrechnung (Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit sich zur Verrechnung gegenüberstehender Forderungen) sind regelmäßig keine „Geschäfte der laufenden Verwaltung“. Damit kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit der Verwaltungsleitung (Oberbürgermeister/in, Bürgermeister/in, Verwaltungsvorstand, Magistrat) im Rahmen der Regelungen der jeweiligen Hauptsatzung oder in Geschäftsordnungen der Räte und Ausschüsse für einzelne Maßnahmen eine alleinige Zuständigkeitskompetenz zur Entscheidung zugewiesen ist oder eine solche Kompetenz „an und für sich“ besteht. Es kommt auch nicht auf die Höhe einer Forderung an, die zum Beispiel Gegenstand eines Stundungsantrags ist. Entscheidend ist im Beispielfall, dass Fragestellungen des EU-Beihilferechts berührt sind, die nur durch das zuständige kommunale Vertretungsgremium zu entscheiden sind und regelmäßig nicht in Zuständigkeit eines Ausschusses oder einer Verwaltungsleitung übergeben werden können.

Kommunalrechtlich bzw. gemeindewirtschaftsrechtlich gilt, dass Nachschusspflichten eines Gesellschafters in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommune stehen müssen und diese nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unbegrenzter Höhe verpflichtet dürfen.

Lösung und Vorgehensweise

Die Lösung der Aufgabenstellung kann schrittweise in folgendem Verfahren erfolgen:

Die *Gesellschafterversammlung der BST* beantragt als vorläufiges Ergebnis der EU-beihilferechtlichen Überkompensationsprüfung 2021 bei der BEISPIELSTADT als Gesellschafterin:

1. die Stundung der anteiligen Rückzahlungsverpflichtung der BST über in 2020 infolge der pandemiebedingt „Zuviel“ erhaltener Beihilfen in Form von Kapitaleinlagen in Höhe eines Gesamtbetrages von 80.000 Euro. Die Stundung, das heißt das Hinausschieben der Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs soll der BST - unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Ratsgremiums des Gesellschafters - bis 31.08.2021 in Höhe der Rückzahlungsforderung des Gesellschafters gewährt werden.
2. die Erhöhung der bisher für das Geschäftsjahr 2021 bestimmten Zuschuss/Kapitaleinlagenverpflichtungen des Gesellschafters in mindestens der Höhe des Ergebnisses der festgestellten Überkompensation von 80.000 Euro. Die erhöhte Finanzausstattung soll der BST - unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Ratsgremiums des Gesellschafters - mit Wirkung ab dem

01.09.2021 für Zwecke der Gesellschaft nach Gesellschaftsstatut verwendet werden bzw. zur Verfügung stehen.

Weiter gilt:

3. Für die Aufrechnung mit Ansprüchen aus dem Rechtsverhältnis zwischen der BST und ihrem Gesellschafter im Sinne des EU-Beihilferechts sowie für die Aufrechnung der BST mit Ansprüchen auf eine „Mehrausstattung“ gegen diese Ansprüche gelten sinngemäß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nichts anderes bestimmt ist. Im vorliegenden Fall ist die Aufrechnungslage gegeben, soweit die „Hauptforderung“ (Rückzahlungsforderung, gestundet bis 31.08.2021), mit der „Gegenforderung“ (Forderung der BST auf Erhöhung der Kapitaleinlagen bei Fälligkeit zum 31.08.2021) in mindestens der Höhe des vorläufigen Ergebnisses der Überkompensationsprüfung von 80.000 Euro aufgerechnet wird.

Weitere *Beschlusserfordernisse* zur Umsetzung des dargestellten Lösungsszenarios sind:

Auf Ebene der *BST* fassen die zuständigen Organe:

4. den aus steuertechnischen und gesellschaftsrechtlichen Gründen erforderlichen Ausschüttungsbeschluss in mindestens der Höhe der Rückzahlungsforderung. Die daraus resultierende Verbindlichkeit der BST soll - unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Ratsgremiums des Gesellschaftes - bei Fälligkeit mit der Forderung der BST auf Einzahlung in die Kapitalrücklage nach vorstehender Ziff. 2 in Höhe von 80.000 EUR aufgerechnet werden durch Verrechnung. Tag der Ausschüttung soll entsprechend den Regelungen zur Ergebnisverwendung nach der Satzung der BST das Datum der Verrechnung sein. Das Datum der Verrechnung wird – unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Ratsgremiums auf den 01.09.2021 bestimmt.

Auf Ebene des *Gesellschafters der BST* fasst der Rat der Stadt BEISPIELSTADT:

5. mit Blick auf den Antrag zur Stundung der Rückzahlung sowie in Bezug auf den Antrag zur Erhöhung der anteiligen Kapitaleinlageverpflichtung die jeweils korrespondierenden Genehmigungsbeschlüsse.
6. mit Blick auf das Haushaltsrecht einen Beschluss über die (Wieder-)Zuführung des gestundeten Betrages in gleichlautender Höhe zur Erfüllung des Anspruchs der BST auf eine erhöhte Mittelausstattung sowie der Verwendung der auf diese Weise zugeführten Mittel.
7. einen Aufrechnungs- und Verrechnungsbeschluss mit Wirkung zum 01.09.2021 mit dem Inhalt, dass die Forderung der BST auf Einzahlung in die Kapitalrücklage in Höhe der Forderung der Stadt als Gesellschafter der BST gegen die Verbindlichkeit der BST infolge der Ausschüttung bei Fälligkeit aufgerechnet wird. Das Datum der Verrechnung ist der Tag der Ausschüttung und wird auf den 01.09.2021 bestimmt.

Mit Inkrafttreten der Beschlüsse ist sodann die Verwendung der Mittel durch die BST ab dem 01.09.2021 möglich.