

## **EU-Beihilferecht? Verlustausgleichszahlungen? Betrauungsakt? Handlungsbedarf!**

*Andreas Schriefers RA, Anwaltskontor Schriefers Rechtsanwälte*

**Ohne Vornahme eines Betrauungsaktes nach EU-Beihilfenrecht sind Verlustausgleichszahlungen an Kommunalorganisationen nichtig bzw. rechtswidrig. Soweit noch nicht vorgenommen, besteht eine Handlungsaufforderung vor dem Jahreswechsel 2011/2012**

### **1. Sach- und Rechtslage**

Das Beihilfenverbot (Art 107 AEUV (ex-Art. 87 EGV)) besagt, dass durch die Gewährung von bestimmten Beihilfen gleich welcher Art eine Begünstigung bestimmter Unternehmen insoweit als mit dem Binnenmarkt unvereinbar anzusehen sind, als dass solche Zahlungen der öffentlichen Hand zu einer Wettbewerbsverfälschung führen oder führen können.

Als solche Beihilfen sind auch **Verlustausgleichszahlungen** der Städte und Gemeinden an Gesellschaften in den Bereichen Stadtmarketing, Tourismus und Wirtschaftsförderung anzusehen, denn letztlich fällt zunächst nahezu „jeder wirtschaftliche Vorteil ohne angemessene Gegenleistung, den das Unternehmen unter marktüblichen Bedingungen nicht erhalten hätte“, in den Anwendungsbereich.

Eine **Beihilfe** liegt danach vor, soweit „aus staatlichen Mitteln“ „ein wirtschaftlicher Vorteil“ „an ein bestimmtes Unternehmen fließt“ und „dies Wirkung auf Wettbewerb und Handel hat“.

Solcherart anzusehende Beihilfen sind vor ihrer Gewährung bei der EU-Kommission zu notifizieren (anzumelden / zu genehmigen) nach Art. 108 AEUV (ex-Art. 88 EGV). Vor einer Entscheidung der Kommission besteht ein Durchführungsverbot, dessen Verletzung zu einer Nichtigkeit oder zur Rechtswidrigkeit der Zahlung selbst nach § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) führt. Mangels nachträglicher Genehmigungsfähigkeit für abgelaufene oder laufende Jahre handelt es sich mithin nicht um einen Fall der „Wo-kein-Kläger-da-kein-Richter-Politik“.

Die Konsequenzen fehlender „Betrachtung“ sind mannigfaltig:

Sie reichen von Klagen von Wettbewerbern (etwa Reiseagenturen, Werbeagenturen, Fördermittelberatern etc.) vor den nationalen Gerichten über die persönliche Haftung von Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern bis hin zur Anordnung der Rückforderung durch die EU-Kommission bis zu 10 Jahre nach Gewährung der jeweiligen Beihilfe.

### **2. Einzelheiten**

**Keine Beihilfe** liegt nach dem EuGH-Urteil zu Altmark Trans (C-280-00 vom 24.07.2003) u. a. dann vor, soweit das begünstigte Unternehmen mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut ist. Nach dem so genannten Monti-Kroes-Paket (vom 28.11.2005 (2005/842/EG)) besteht zudem in Bezug auf die Notifizierungspflicht der (Verlust-)Ausgleichszahlungen dann ein Anspruch auf Freistellung, wenn und soweit die Stadtmarketingorganisation lediglich „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ erbracht hat, die Schwellenwerte (bis zu 100 Mio. Euro Jahresumsatz und eine Fördersumme von unter 30 Mio. Euro innerhalb von drei Jahren (im Rahmen der Revision des Monti-Pakets erfolgt eine Absenkung auf 15 Mio. Euro) eingehalten werden und eine Betrauung vor Ausübung der Tätigkeit vorgenommen wird.

Ein solcher **Betrauungsakt** kann aus mehreren Rechtsakten bestehen. Die Form der Vornahme bleibt dabei den Mitgliedsstaaten überlassen. Zu beachten ist allerdings: Je nach Konkretisierung der Betrauung kann eine **Umsatzsteuerpflicht** der Beihilfe begründet werden. Dieses ist eindeutig dann der Fall, soweit die handelnde Kommunalorganisation in Form einer „förmlichen Auftrags“ betraut wird, da solche Aufträge zivilrechtlich und damit steuerschädlich letztlich als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren sein werden. Es empfiehlt sich daher, den **Betrauungsakt auf der Grundlage eines Verwaltungsaktes** in Form eines Zuwendungsbescheides vorzunehmen, denn solche Betrauungen sind als „einseitig-hoheitliche“ Regelungen im Gegensatz zum „zweiseitigen Vertrag (Leistungserbringung gegen Geld, Geldgewährung gegen Leistungsvornahme)“ nicht per se als umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch zu bewerten. Indes ist auch die Betrauung in Form des Zuwendungsbescheids kein Allheilmittel. Die Formulierung bedarf zumeist der Abstimmung mit den rechtlichen und

steuerlichen Beratern der Gesellschaften, da zahlreiche Stadtverwaltungen nur eingeschränkt über das benötigte Wissen verfügen.

### **3. Abgrenzung der „DAWIs“ von Marktteilnahmeleistungen**

Wann nun in den Bereichen Stadtmarketing, Tourismus oder Wirtschaftsförderung seitens der Gesellschaften „Dienstleistungen im allgemeinen (wirtschaftlichen) Interesse“ (z. B. Werbung für eine Stadt oder Region als Ganzes) und wann mit dem Beihilferecht unvereinbare reine Marktteilnahmeleistungen (z. B. Zimmervermittlung, Werbung für eine bestimmte Veranstaltung) erbracht werden, ist in der Abgrenzung und Darlegung im Einzelnen schwierig bis nicht abschließend geklärt.

Letztlich wird für eine Vereinbarkeit der Zuschusszahlungen (der allgemeinen und besonderen Finanzierungsbeiträge) der öffentlichen Hand an ihre Kommunalunternehmen der Nachweis zu erbringen sein, dass mit der Vornahme der Zahlung u. a. eine hinreichende Zweckbindung der Mittel, eine Kopplung an Leistungs- und Finanzparameter zur Überkompensationsvermeidung sowie der Einrichtung eines wirksamen Überwachungsmechanismus gewährleistet sind. Die Gesellschaften müssen Transparenz gewährleisten, d.h. in Buchhaltung und Rechnungslegung sind beide Bereiche sauber bzw. nachvollziehbar zu trennen, um eine unzulässige „Quersubventionierung“ zu vermeiden.

### **4. Aktuelles**

Im Zuge der Revision des EU-Beihilfenrechts steigt zunehmend das Risiko für Stadtmarketing-, Tourismus- und Wirtschaftsförderungsgesellschaften für Jahre seit 2007 ohne Vorliegen eines entsprechend qualifizierten Betrauungsakts mit Rückforderungsansprüchen konfrontiert zu werden. Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat in seiner Sitzung vom 07.09.2011 den neuen „IDW PS 700“ verabschiedet, der als Prüfungsstandard im Rahmen der Prüfung von Jahresabschlüssen der kommunalen Gesellschaften die Vereinbarkeit von Beihilfen der öffentlichen Hand mit Unionsrecht zum Gegenstand hat. Verstöße sind im Rahmen der handelsrechtlichen Abschlussprüfung bzw. im Rahmen der örtlichen Rechnungsprüfung berichtspflichtig.

In gut der Hälfte aller in 2011 kanzleiseitig begleiteten Gründungs- und Reorganisationsvorhaben fordern die Kommunalaufsichten zunehmend die ausdrückliche Darlegung der Vereinbarkeit des jeweiligen Vorhabens mit dem EU-Beihilfenrecht ein. Die Aufsichtsbehörden reichen Pauschalversicherungen der Kommunen, wonach z. B. „das Gründungs- (oder Neuordnungs)vorhaben die Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts, spezifiziert in der Freistellungsentscheidung im Monti-Kroes-Paket erfüllt“ nicht länger aus.

#### **Aktueller Hinweis für Geschäftsführer:**

Die Kenntnis der Beihilfe-Vorschriften zählt nach der Rechtsprechung des EuGH zu den kaufmännischen Sorgfaltspflichten, mit der Folge, dass im Falle des Falles eine persönliche Haftung des Geschäftsführers zu prüfen ist, denn dieser hätte bei Entgegennahme und Verwendung der Beihilfenzahlung ohne dass ein solcher Betrauungsakt vorliegt, nicht mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ im Sinne von § 43 Abs. 1 GmbHG gehandelt.

Den Geschäftsführern ist anzuraten, einerseits in Aufsichtsrats- und Vorstandssitzungen über die Sach- und Rechtslage zu informieren und andererseits noch in 2011 auf die Vornahme eines Betrauungsaktes für 2012 zur Beschlussfassung durch das rechtlich zuständige politische Gremium, also des Stadt- und Gemeinderates hinzuwirken.

#### **Sonderankündigung:**

Die mit der Spezialmaterie verbundenen Fragestellungen sind zumeist für die Geschäftsführer von Stadtmarketingorganisationen und deren steuerliche Berater im Grundsatz nicht neu. Zur erleichterten Bewertung des eigenen Falls sind mitunter die Kenntnisse der bundesweiten noch sehr divergenten Sicht- und Vorgehensweisen der Finanzbehörden, aber auch der EU-Kommission hilfreich.

RA Schriefers bietet als Rechtsbeistand des bcsd e.V. daher die Durchführung eines halbtägigen Spezialseminars mit Erfahrungsaustausch für Vereine und Stadtmarketing-GmbHs zum „Organisationsrecht und zur Organisationsentwicklung“ an. **Das Seminar wird erstmalig voraussichtlich am 15. Februar 2012 in Düsseldorf stattfinden.**