

A large, white, curved graphic element that starts from the left edge and curves downwards and to the right, framing the main title.

1. Ostdeutscher Kommunaltag

Online-Seminar, 16. Juni 2021

Agenda



Daseinsvorsorge der Zukunft – Ausblick	3
Aktuelle steuerliche Entwicklungen	13
Einrichtung eines Hinweisgebersystems / EU-Whistleblower-Richtlinie	35
Aktuelles zu Konzessionsverträgen und –abgaben / Hinweise zur Netz-Regulierung für Kommunen	48
Effizienter und sachgerechter Umgang mit „De-minimis“- und sonstigen Beihilfen in der kommunalen Praxis	71
Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats in kommunalen Unternehmen	88



„Daseinsvorsorge im Wandel - Aktuelle Herausforderungen in Kommunen“

1. Ostdeutscher Kommunaltag – Baker Tilly
16.06.2021

Dr. Oliver Rottmann

Kompetenzzentrum Öffentliche Wirtschaft, Infrastruktur
und Daseinsvorsorge e.V. (KOWID),
Universität Leipzig
sowie
KOMKIS Sachsen, Universität Leipzig

Institut für Infrastruktur und Ressourcenmanagement
(Universität Leipzig)
Prof. Dr. Thomas Bruckner
Prof. Dr. Robert Holländer
Prof. Dr. Jens-Uwe Fischer

Institut für Stadtentwicklung und Bauwirtschaft
(Universität Leipzig)
Prof. Johannes Ringel

Professur für Infrastrukturwirtschaft und Infrastrukturmanagement
(Bauhaus-Universität Weimar)
Prof. Dr. Thorsten Beckers

Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management
(Universität Leipzig)
Prof. Dr. Thomas Lenk
Prof. em. Dr. Manfred Röber

Professur für Verwaltungswissenschaft, insbesondere Steuerung öffentlicher
Organisationen (Universität der Bundeswehr Hamburg)
Prof. Dr. Christina Schaefer

WIG² Wissenschaftliches Institut für Gesundheitsökonomie und
Gesundheitssystemforschung GmbH
Dr. Dennis Häckl

Institut für Berufs- und Wirtschaftspädagogik
(Pädagogische Hochschule Freiburg)
Prof. Dr. Juliana Schlicht

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Steuerrecht und Öffentliches
Wirtschaftsrecht (Universität Leipzig)
Prof. Dr. Marc Desens
Prof. Dr. David Hummel

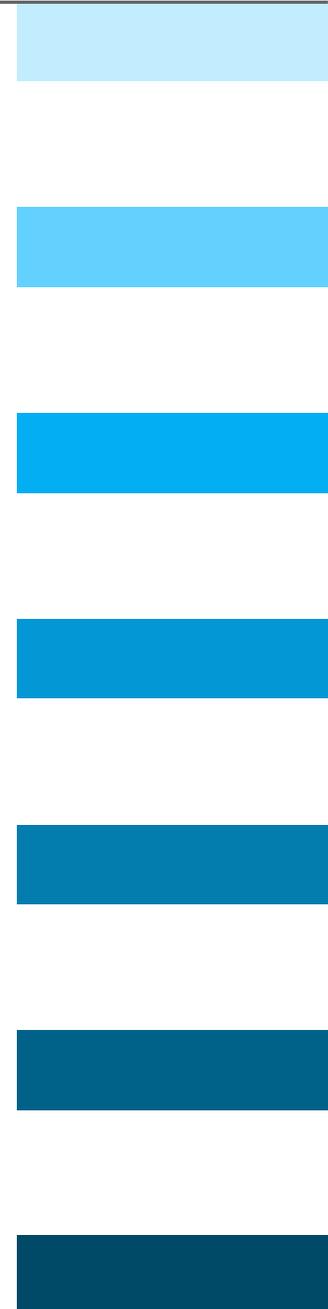
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Steuerrecht
(Universität Leipzig)
Prof. Dr. Reinhard Welter

Professur für Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht
(HTWK Leipzig)
Prof. Dr. Cornelia Manger-Nestler, LL.M.

Lehrstuhl für Public Management & Public Policy
(Zeppelin-Universität Friedrichshafen)
Prof. Dr. Ulf Papenfuß

Institut für Politikwissenschaften
(Universität Leipzig)
Prof. Dr. Astrid Lorenz

Professur für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht
(Technische Universität Chemnitz)
Prof. em. Dr. Ludwig Gramlich



Institutioneller Rahmen

- hoher **Investitionsrückstand** in Kommunen (KFW Kommunalpanel 2020, 147 Mrd. Euro)
- unterschiedliche **raumstrukturelle** Herausforderungen (urbaner vs. ländlicher Raum)
- Herausforderungen in der **Infrastruktur**: Energieversorgung, Mobilität, Wohnungswirtschaft, Digitalisierung und Breitband, Smart City, E-Government, Quartiersentwicklung etc.
- Corona-Pandemie setzt Einnahmen in Kommunen unter Druck (Gewerbesteuer, EKSt-Kommunalanteil,...)
- neue **Daseinsvorsorge-Fragestellungen**: Sektorenkopplung/verbundene Bereiche, Datenhoheit/-management → Wettbewerbsdruck entlang der Wertschöpfungskette/quer zu eigentlichen Leistungen (Energemarkt: Wohnungs-, Automobil-, Digitalunternehmen)
- Erbringungsform unter kommunaler Gewährleistungsverantwortung: **Eigenerstellung** vs. (?) **Wettbewerb** im Gewährleistungsstaat, **Querverbund**
- **rechtliche Herausforderungen**: EU-Wettbewerbsrecht, Gemeindeordnungen der Länder, steuerrechtliche Fragen

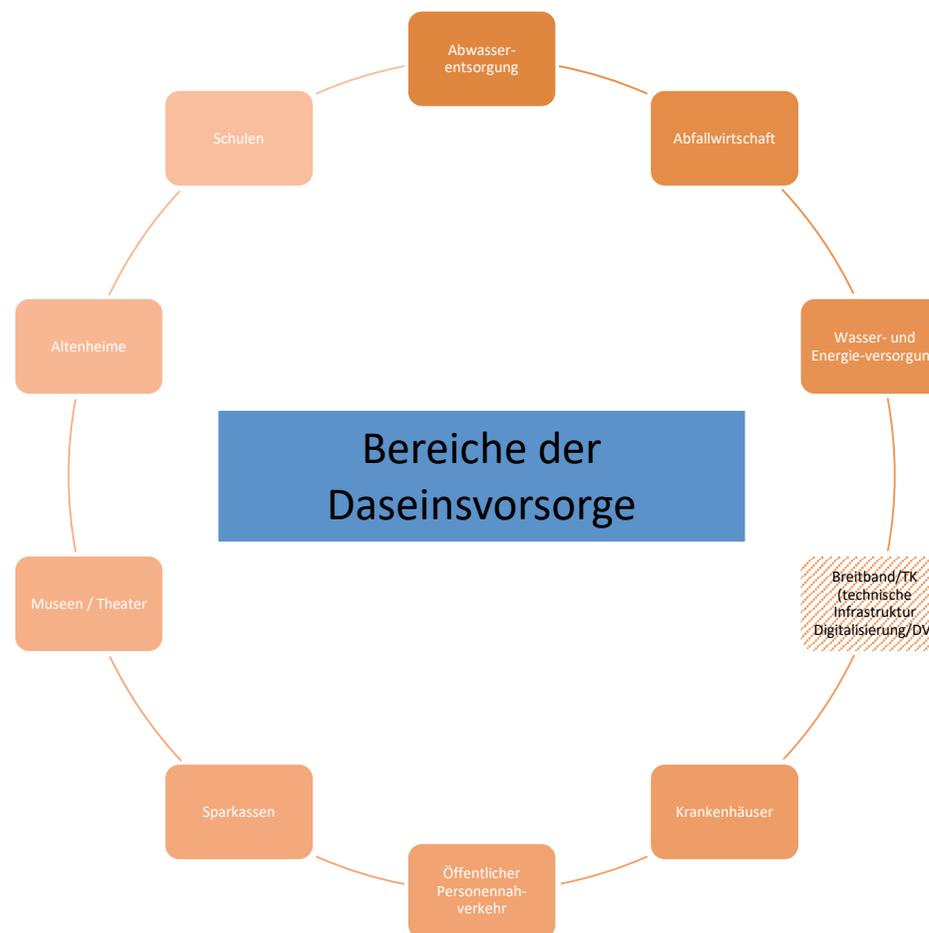
Daseinsvorsorge – Institutioneller Rahmen

Begriff: Daseinsvorsorge – Historie

- Leistungen, die über den individuellen Nutzen eines EW hinausgehen und der **Sicherung der Lebensqualität aller Bürger** sowie der **gesellschaftlichen Entwicklung** dienen
- Abhängigkeit des verstädterten Bürgers von öffentlichen Versorgungsleistungen (Forsthoff 1930er Jahre) → **Verantwortung des Staates**
- umfasst alle **Güter**, die für die Existenz der Bürger derart **essentiell** sind, dass sie **flächendeckend** und zu politischen (öffentlich kontrollierten) Preisen anzubieten sind
- technische Produktionsbedingungen begünstigen z.T. Monopolisierung der Anbieterseite → **Natürliche Monopole**
 - Marktkonstellation, in welcher ein einziges Unternehmen ein Gut zu niedrigeren Kosten produzieren kann als mehrere Unternehmen

Daseinsvorsorge – Institutioneller Rahmen

- Wandel vom „produzierenden“ zum „gewährleistenden Staat“ als Resultat der EU-Binnenmarktstrategie in den 1990er Jahren
- später rückläufiger Trend einer stärkeren Dominanz privater Leistungserstellung in Bereichen der Daseinsvorsorge
- „Pendelbewegung“: In den letzten 150 Jahren immer wieder Tendenzausschläge zu mehr privater oder staatlicher Leistungserbringung



Daseinsvorsorge und Wettbewerb

Binnenmarktlogik
↓
Mutation der
Daseinsvorsorge



- Marktproduktion öffentlich relevanter Güter und Dienstleistungen im Gewährleistungsstaat
- Ungültigkeit des Modells vom „produzierenden Staates“
- Wettbewerb ≠ Ausschlusskriterium
- Wettbewerb = Element der Daseinsvorsorge zur Gewährleistung der Qualität und Quantität

E
U
-
R
E
C
H
T

- Wettbewerb zur Durchsetzung von Effizienz und niedrigen Preisen
- Abgabe der Monopolstellung der öffentlichen Versorger

Problem:

- Effizienzbegriff im Öffentlichen Wirtschaften
 - ➔ Kosteneffizienz
 - ➔ Allokative Effizienz mitunter nicht gegeben

Daseinsvorsorge – Aktuelle Trends lt. Expertenerhebung

→ Organisation der Daseinsvorsorge:

- bisher eher sektorale Organisation der Daseinsvorsorge; Querschnittdenken und Sektorkopplung aber zunehmend → neue bzw. alternative Modelle kommen zum Einsatz, bspw. Kooperationen oder Beteiligungsmodelle
- bei Erbringung „in der Fläche“ bzw. für bestimmte Infrastrukturbereiche für eine effiziente Aufgabenerfüllung durchaus Herausforderungen (Effizienz- und Qualitätsverluste)
- urbane Räume: auch sektor-/bereichsübergreifende Erbringung, übergreifende Bündelungen von Leistungen der DSV organisatorisch unter dem Dach eines Stadtwerks oder einer Holding – bei Querschnittsfunktionen Synergien/Skaleneffekte möglich, weniger bei der Aufgabenerfüllung selbst

Daseinsvorsorge – Aktuelle Trends lt. Expertenerhebung

→ Organisation der Daseinsvorsorge – Herausforderungen:

- problematisch v. a. der (rechtlich vorgegeben) räumliche Bezug bei der Erbringung von Leistungen durch die öffentliche Hand bzw. deren Unternehmen. Besonders im Bereich der DSV ist dies das Gemeindegebiet → zunächst jede Kommune für die Aufgabenerfüllung selbst zuständig; Ineffizienzen bezogen auf eine flächendeckende Angebotserbringung möglich → tw. zu kleine Versorgungsgebiete, d. h. zu geringe Verbraucherzahlen, gerade bei Infrastrukturbereichen mit hohen Fixkosten + Wettbewerb mit anderen Akteuren
- zahlreiche Aufgaben nur durch Gemeindegebietsreformen (ländlicher Raum) oder interkommunale oder vertragliche Kooperationen (ÖPP etc.) lösbar
- Trend der Sektorkopplung wird auch die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge beeinflussen, besonders durch auf Digitalisierung und KI basierende smarte Lösungen
- zudem entwickeln sich auch die „klassischen“ Leistungen der Daseinsvorsorge weiter, bspw. im Bereich Mobilität oder (technischer) Infrastruktur

Herausforderungen für die Daseinsvorsorge – Trends

- **sozio-demographische Entwicklung, Klimawandel/Dekarbonisierung, Energiewende, Mobilitätswende, Digitalisierung/Sektorkopplung, öffentlicher Finanzrahmen**
- Wandel der bisherigen Aufgabenfelder der Daseinsvorsorge, aber auch Erweiterung um neue Felder, welche vor dem Hintergrund der Zielstellung der Daseinsvorsorge zukünftig relevant werden
- Digitalisierung und KI (inklusive Automation, Big Data etc.) wirkt dabei in alle daseinsvorsorgerelevanten Bereiche und ist zugleich Grundlage für neue Technologien, smarte Infrastrukturen und sektorübergreifende Lösungen (Breitbandausbau)
- aber auch gesellschaftlich-sozialer Wandel (Wandel der Lebensstile und Wertvorstellungen sowie der natürlichen und räumlichen Bevölkerungsentwicklung (Alterung, Urbanisierung, Entleerung der ländlichen Räume), Arbeitsformen etc.)
- → Auswirkungen auf Art und Umfang sowie Organisation der Daseinsvorsorge
- wesentliches Konzept der Daseinsvorsorge wird dabei in der „Smart City“ (und auch Smart Region) liegen
- Datenhoheit/Datenmanagement wird an Bedeutung gewinnen

Vielen Dank.

Dr. Oliver Rottmann

Kontakt:

rottmann@wifa.uni-leipzig.de

Kompetenzzentrum Öffentliche Wirtschaft, Infrastruktur und
Daseinsvorsorge e.V. (KOWID),
Universität Leipzig

KOMKIS, Universität Leipzig

www.kowid.de

www.wifa.uni-leipzig.de/institut-fuer-oeffentliche-finanzen-und-public-management/kompetenzzentrum-fuer-kommunale-infrastruktur-sachsen/

Aktuelle steuerliche Entwicklungen



Aktuelles zu § 2b UStG:

- Behandlung Konzessionsabgabe
- Leistungen von Personenzusammenschlüssen, § 4 Nr. 29 UStG



Corona:

- Vorsteuerberichtigung bei Nutzungsänderung ?



Steuerliche Behandlung von Verpachtungen:

- Grundlagen und aktuelle BFH-Rechtsprechung



Aktuelles zu § 2b UStG:

- **Behandlung Konzessionsabgabe**
- **Leistungen von Personenzusammenschlüssen, § 4 Nr. 29 UStG**

Konzessionen, BMF-Schreiben vom 5. August 2020



Konzessionsverträge mit Energieversorgern

- Entgelt des Energieversorgers für das Recht, die öffentlichen Wege, Plätze etc. für die Verlegung von Versorgungsleitungen zu nutzen (Konzessionsabgabe)
 - **Bisher:** kein BgA, Vermögensverwaltung
 - Keine Umsatzsteuerbarkeit
 - **Zukünftig:** § 2b UStG (BMF vom 5. August 2020)
 - Privatrechtlicher Vertrag -> kein § 2b UStG -> umsatzsteuerbar !
 - umsatzsteuerbefreit ?
 - ggf. § 4 Nr. 12 UStG „Überlassung Grundstück“ ?
 - grundsätzlich nicht, da kein „ausschließliches“ Recht und idR keine Besitzeinräumung
 - **Steuerpflichtige sonstige Leistung** der Kommune an den Energieversorger
 - Ausweis von USt !
 - Behandlung **Kommunalrabatt** in diesem Zusammenhang ?
 - Anfrage (Bitte um Bestätigung) des **bdew vom 7. Mai 2021 an BMF:**
 - Bestätigung, dass zusätzlicher Entgeltbestandteil für die Gewährung des Wegerechts
 - **Konzessionsabgabe + Kommunalrabatt = Netto-BMG** (Inrechnungstellung durch Kommune)

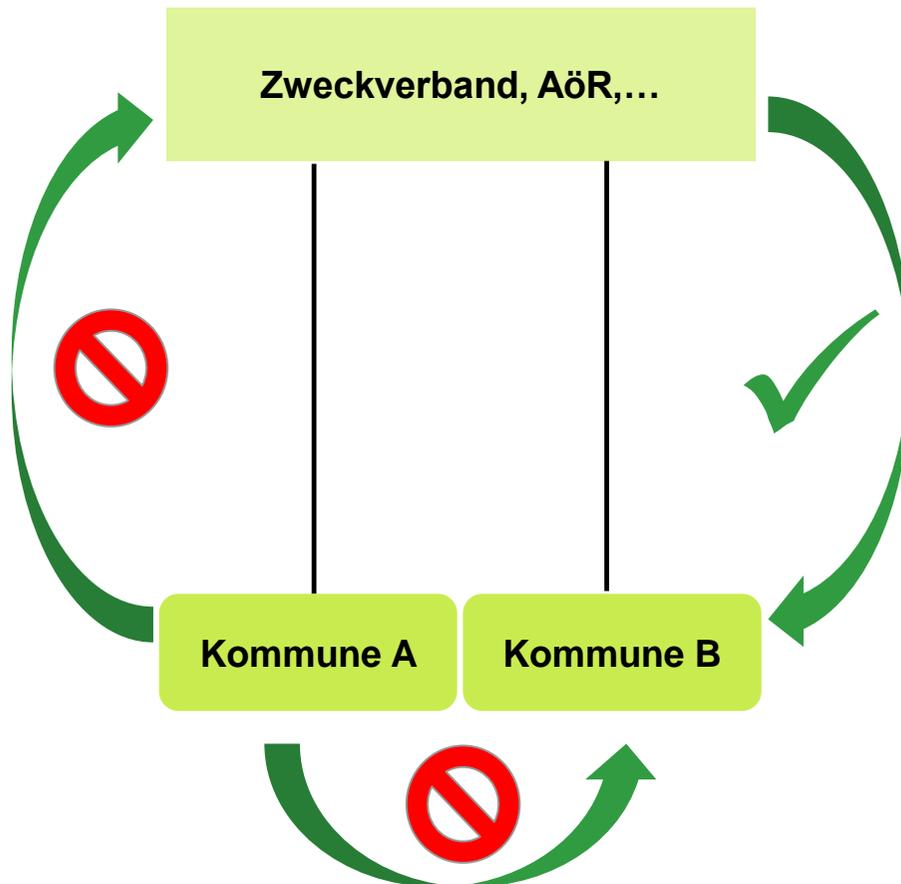
Personalüberlassungen und Dienstleistungen, insbesondere an andere jPdÖR



Verfügung des
Bayerischen
Landesamt für
Steuern vom 8.
Februar 2021

- ▶ Allein der objektive Inhalt der Leistung ist entscheidend, nicht die Beweggründe staatlichen Handelns
 - Überlassung von Personal begründet daher **grundsätzlich** eine Unternehmereigenschaft
- ▶ **Ausnahmen** nur unter Anwendung des § 2b UStG zulässig – Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Grundlage notwendig **und**
 - Höhe der Einnahmen aus gleichartigen Tätigkeiten **< 17.500 Euro / Jahr**
 - Hausmeister hilft bei Nachbarkommune in Urlaubszeit des dortigen Hausmeisters aus
 - Privater **zwingend steuerbefreit**
 - hauptsächlich im medizinischen Bereich gegeben
 - **Gesetzlich vorbehaltene** Aufgabe
 - gemeinsamer Ordnungsbediensteter, Standesbeamter
- Umsatzsteuerbarkeit und Umsatzsteuerpflicht wird nur in **wenigen Ausnahmefällen** zu vermeiden sein
- Steuerbefreiung für Personenzusammenschlüsse nach **§ 4 Nr. 29 UStG** ggf. in **manchen** Fällen anwendbar

§ 4 Nr. 29 UStG – sonstige Leistungen eines Personenzusammenschlusses



▶ **Selbständiger Zusammenschluss**

- Privatrechtliche aber auch öffentlich-rechtliche

▶ **Voraussetzungen für die Mitglieder**

- Durchführung von steuerbefreiten oder nichtunternehmerische Tätigkeiten (insbes. hoheitliche Tätigkeiten nach § 2b)

▶ **Unmittelbarer Zusammenhang**

- Ausdrücklich **nicht** umfasst sind Leistungen für mittelbare Zwecke (bspw. allg. Verwaltungsleistungen)

▶ **Sonstige Leistungen gegen genaue (Kosten-)Erstattung**

- Keine Lieferungen

▶ **Keine Wettbewerbsverzerrung**

→ Nur **sonstige Leistungen des Personenzusammenschlusses** sind erfasst

→ **Nicht** Leistungen zwischen zwei Kommunen

→ **BMF-Schreiben** wird im Quartal III 2021 **erwartet!**



Corona:

- **Vorsteuerberichtigung bei Nutzungsänderung ?**

Vorsteuerberichtigung wegen Nutzungsänderung von BgA durch Corona-Krise?

Nutzung von kommunalen Einrichtungen eines BgA zu anderen Zwecken im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie

Beispiele:

- Einrichtung von Impfzentren in Mehrzweckhallen
- Nutzung von Einrichtungen, wie großen Räumen für pandemiebedingte Sitzungen von Krisenstäben etc.
- Nichtnutzung eines Gebäudes aufgrund von Kontaktbeschränkungen

Vorsteuerberichtigung wegen Nutzungsänderung von BgA durch Corona-Krise?



BMF-Schreiben vom 11. Januar 2021 an kommunale Verbände

*"Für **Nutzungsänderungen** von Unternehmen der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Bewältigung der Corona-Krise wird gem. § 163 AO aus sachlichen Billigkeitsgründen bis zum 31. Dezember 2021 von der **Besteuerung einer unentgeltlichen Wertabgabe nach § 3 Abs. 9a UStG und einer Vorsteuerkorrektur nach § 15a UStG abgesehen**, wenn und soweit der Sachverhalt in einer Nutzung zur Bewältigung der Corona-Krise begründet ist. Zeiten, in denen ein Gebäude aufgrund der Kontaktbeschränkungen oder ähnlicher durch Corona bedingte Gründe nicht vermietet werden kann, führen nicht zu einer Nutzungsänderung gegenüber dem Zeitraum vor den Kontaktbeschränkungen"*

BMF-Schreiben vom 05. März 2021 an kommunale Verbände

Die Billigkeitsregelung ist auch auf Vorsteuern aus laufenden Kosten anzuwenden

Die Billigkeitsregelung ist auf in privater Rechtsform betriebene Unternehmen der öffentlichen Hand entsprechend anzuwenden, sofern die Nutzung **unentgeltlich** erfolgt



Steuerliche Behandlung von Verpachtungen:

- **Grundlagen und aktuelle BFH- Rechtsprechung**

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Einleitung



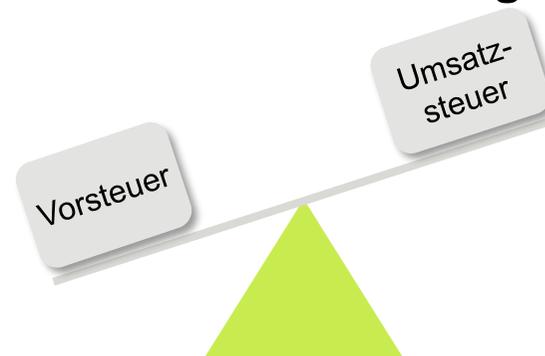
**Die Kommune führt eine
Vielzahl von
Verpachtungstätigkeiten
aus**

Beispiele aus der Praxis

- Wohnraum (Sozialwohnungen, Flüchtlingsunterkünfte, Wohnungen)
- Gewerbeflächen (Büros, Lager, Arztpraxen)
- Gastronomiebetriebe (Gaststätten, Hotels, Kiosks, Cafés, Mensen)
- Sportflächen (Sporthallen, Fußballplätze, Schwimmbäder)
- Veranstaltungsflächen (Festhallen, Mehrzweckhallen, Bürgerhäuser, Festplätze, Konzertmuscheln, Marktstände)
- Versorgungsnetze (Strom-, Gas-, Wärme-, Breitbandnetze)

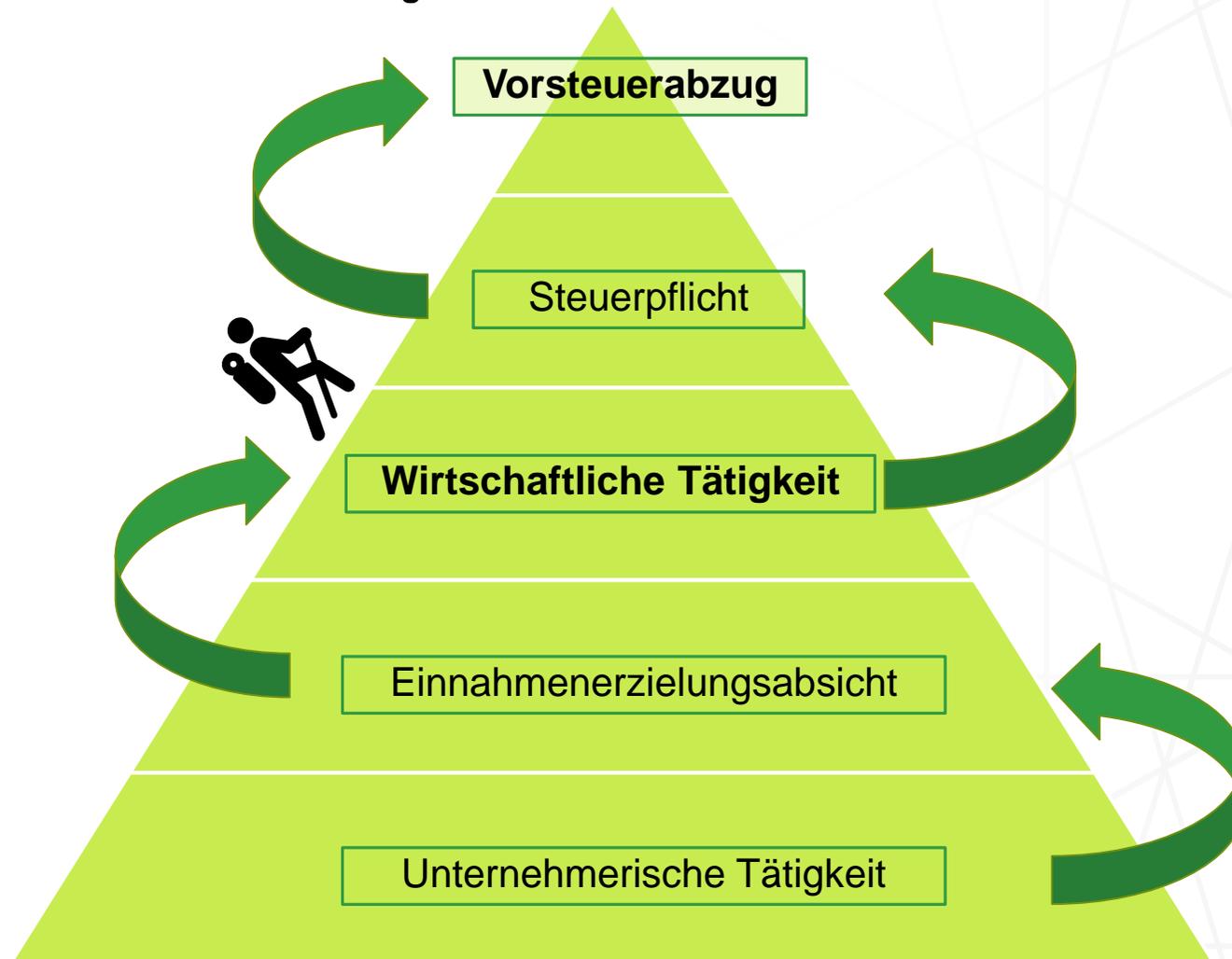
Jede Tätigkeit ist auf das Vorliegen einer (Ertrag-) Steuerpflicht bzw. Berechtigung zum Vorsteuerabzug zu überprüfen

Grundproblem Vorsteuerüberhang



Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Einleitung

„Mutter“ aller Streitpunkte mit der Finanzverwaltung



Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Ertragsteuerliche Aspekte



**Wirtschaftliche oder
vermögensverwaltende
Tätigkeit**

► Vermögensverwaltende Tätigkeiten schließen die Annahme eines BgA aus

- Typische Merkmale der **Vermögensverwaltung**
 - Langfristige Verpachtungen
 - Kein bzw. kaum Einsatz von Personal

Typischer Fall der Praxis: Langfristige Vermietung/Verpachtung von Wohnraum oder Gewerbeflächen

- Typische Merkmale einer **wirtschaftlichen** Tätigkeit
 - Ständig wechselnde Mieter („Möglichkeit ist ausreichend, wenn die Verpachtung so betrieben wird, dass an ständig wechselnde Vermieter überlassen werden kann“).
 - Zusätzliche Dienstleistungen, Personaleinsatz
 - Kurzfristige Überlassung (tageweise Überlassung)
 - Hausrecht verbleibt bei Kommune

Typischer Fall der Praxis: Kurzfristige Überlassung von Hallen

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Ertragsteuerliche Aspekte



**Wirtschaftliche oder
vermögensverwaltende
Tätigkeit**

► Ausnahmetatbestand **Betriebsverpachtung**

- **Fiktionale** Annahme eines BgA gem. **§ 4 Abs. 4 KStG** trotz vermögensverwaltender Tätigkeit
- Betriebsverpachtung ist anzunehmen, wenn **alle wesentlichen Betriebsgrundlagen** eines BgA verpachtet werden
 - Tätigkeit würde auf Ebene der Kommune grds. einen BgA begründen

Typischer Fall der Praxis: Breitbandinfrastruktur

Kritischer Fall der Praxis: Gastronomieverpachtung (Theke und Küche als wesentliche Betriebsgrundlagen)

► Sonderfall **Betriebsaufspaltung**

- Sonderfall der Betriebsverpachtung gem. **§ 4 Abs. 1 KStG**
- Betriebsaufspaltung ist anzunehmen, wenn
 - **eine wesentliche Betriebsgrundlage** (sachliche Verflechtung)
 - an eine beherrschte Gesellschaft (personelle Verflechtung) überlassen wird

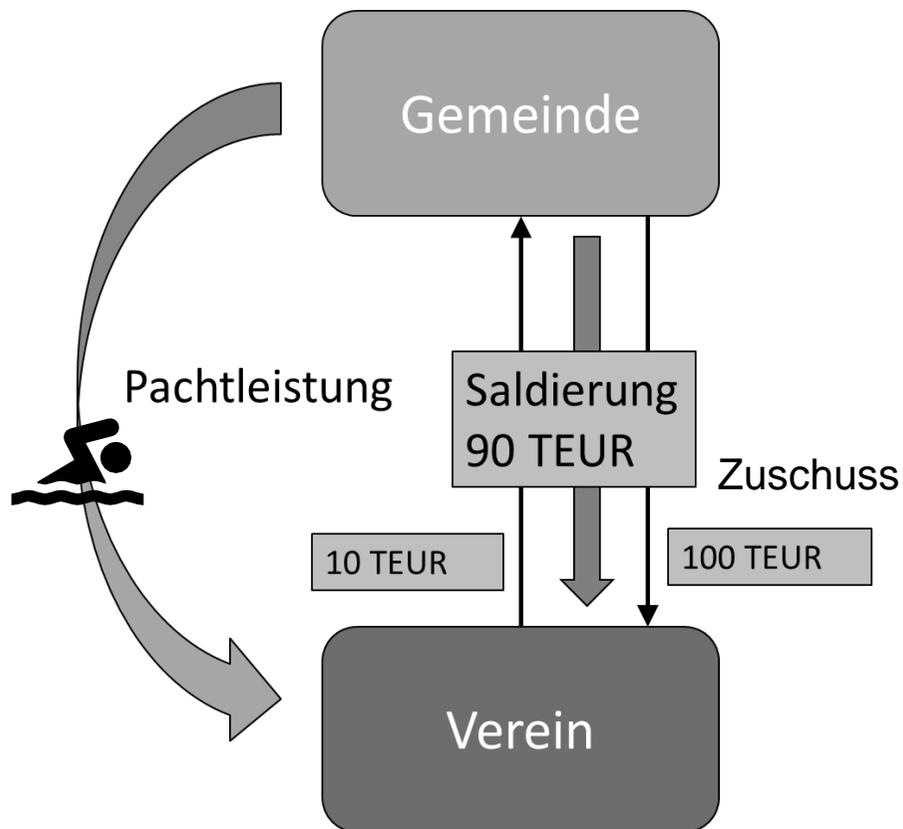
Typischer Fall der Praxis: Überlassung eines Verwaltungsgebäude an Stadtwerke GmbH

Kritischer Fall der Praxis: Beendigung der Verflechtung und damit Wegfall der Betriebsaufspaltung

Steuerliche Behandlung der Verpachtungen – Aktuelle Rechtsprechung – Ertragsteuerliche Aspekte

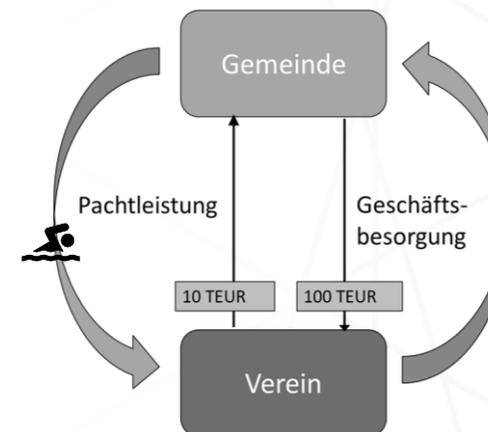
Einnahmeerzielungsabsicht bei „überschießendem“ Zuschuß ?

Ansicht der Finanzverwaltung / BFH v. 10.12.19



Keine Einnahme der Gemeinde / kein BgA

„auch“ Ansicht der FG v. 21.12.2016 / BFH v. 18.07.2017



Zwei von einander unabhängige Leistungen /
BgA bzgl. Verpachtung

?!

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Aktuelle Rechtsprechung – Ertragsteuerliche Aspekte



Einnahmenerzielungs-
absicht

► Streitpunkt: Saldierung von Pacht und Zuschuss !?

- Ansicht Finanzverwaltung (R 4.3 KStR)
 - „*Verpachtet die jPöR einen BgA gegen Entgelt und erhält der Pächter einen **Zuschuss mindestens in Höhe der Pacht, liegt keine entgeltliche Verpachtung und damit kein Verpachtungs-BgA vor, wenn zwischen der Pacht und dem Zuschuss eine rechtliche und tatsächliche Verknüpfung besteht.***“
- Aktuelle Ansicht I. Senat des BFH (Urteile v. 10.12.2019, I R 58/17; I R 9/17) – noch nicht veröffentlicht -
 - **Entgeltlichkeit in diesem Sinne liegt nicht vor, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht der Pächter, sondern der Verpächter die wirtschaftliche Last des vereinbarten Pachtzinses zu tragen hat**
 - **Folgen:**
 - kein BgA ->**
 - keine Anrechnung von KEST im Rahmen von „kleinen Querverbänden“ mehr möglich**
 - z.Zt. („vor“ § 2b UStG) kein VOST-Abzug mehr möglich**

Verbände sind in Abstimmung mit BMF über Anwendungsmodalitäten ...

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Rechtsprechung – Ertragsteuerliche Aspekte



Dauerdefizitäre Tätigkeit

- ▶ Verpachtung als begünstigtes Dauerverlustgeschäft gem. **§ 8 Abs. 7 KStG**
 - **Bisherige Ansicht** (BMF-Schreiben v. 12.11.2009, BStBl. I, 1303, Rn 47)
 - Tätigkeit des Pächters ist (zumindest bei Verpachtungs-BgA) für die Einstufung von Bedeutung
 - Verpachtung eines Parkhauses stellt Tätigkeit aus verkehrspolitischen Gründen dar
 - Daher liegt eine Begünstigung vor
 - Ansicht der **Rechtsprechung** (Urteil des BFH v. 09.11.2016, BStBl. II 2017, 498)
 - Die Tätigkeit kann nur begünstigt sein, wenn das Dauerverlustgeschäft **selbständig** ausgeübt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn der Betrieb nur verpachtet wird.
 - **Folge:** verdeckte Gewinnausschüttung -> keine Verlustverrechnung möglich !
- ▶ Finanzverwaltung hat hierzu ein **umfassendes BMF-Schreiben** angekündigt
 - Finanzverwaltung wird wohl Auffassung des BFH folgen
 - BMF wird aller Voraussicht einen Übergangszeitraum gewähren
- ▶ **Prüfungspunkte** der Kommune nach Erscheinen des BMF-Schreibens
 - Möglicherweise Notwendigkeit der Anpassung der Verträge
 - Prüfung etwaiger Verpachtungstätigkeiten auf Dauerverlusttätigkeiten
 - Prüfung einer etwaigen Kapitalertragsteuer



Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Umsatzsteuerliche Aspekte



**Wirtschaftliche Tätigkeit
(„Symbolisches
Entgelt“) –
Widersprüche**

- ▶ Ansicht der **Finanzverwaltung**
 - Entgelt liegt nur vor, wenn min. 10 % der laufenden Kosten (inkl. AfA) durch Pacht **gedeckt** werden
- ▶ **ABER:** Systematik des Mehrwertsteuerrechts kennt **keinen** Kostendeckungsgrad!
 - Entgelt ist alles, was im unmittelbaren Zusammenhang für die Leistung erbracht wird (hM EuGH, Hotel Scandic)
- ▶ Wirtschaftliche Tätigkeit im Allgemeinen
 - Handeln wie ein wirtschaftlich orientierter Marktteilnehmer
 - Unter Umständen, unter denen eine derartige Dienstleistung gewöhnlich erbracht wird
 - **Asymmetrie** zwischen Entgelt und Kosten **kann** ein Indiz gegen eine wirtschaftliche Tätigkeit sein (Urteil des EuGH v. 12.05.2016, Gemeinde Borsele)
 - Ansicht **V. Senat** BFH (Urteil v. 15.12.2016, V R 44/15) !!
 - Abstellen auf Asymmetrie zwischen Pachteinahmen und Kosten
 - **vs.** Ansicht **XI. Senat** BFH (Urteil v. 28.06.2017, XI R 12/15) !!
 - EuGH stellt auf Gesamtumstände ab, Asymmetrie allein ist nicht ausreichend (EuGH, Lajver, Gemeinde Woerden)
 - Wirtschaftliche Tätigkeit ist gegeben, wenn öffentliche Hand (mit Ausnahme der Höhe des Entgelts) wie ein privater Dritter handelt
 - Hallenüberlassung an Vereine für 6 EUR pro Stunde stellt wirtschaftliche Tätigkeit dar

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Umsatzsteuerliche Aspekte



**Wirtschaftliche Tätigkeit
und
Einnahmenerzielungs-
absicht –
wie geht es weiter?**

► Ankündigung der **Veröffentlichung der Urteile** V R 44/15 und XI R 12/15 in den Bundessteuerblättern

- Urteile sollen mit **umfangreichen Begleitschreiben** veröffentlicht werden
- Aller Voraussicht wird das BMF-Schreiben auch Aussagen zur Thematik „Saldierung von Pacht und Zuschuss“ enthalten
- Inhalte werden derzeit **mit kommunalen Spitzenverbänden diskutiert**
 - Übergangszeitraum ist angeblich vorgesehen
 - Unklar, ob dies auch die Saldierung betrifft, da dies Ansicht der Finanzverwaltung seit 2011 ist
 - Erleichterung bei Betriebsaufgaben aufgrund fehlender Einnahmenerzielungsabsicht
 - Konkretisierung der Betriebsaufspaltung

► Zeitpunkt der Veröffentlichung

- BMF will angeblich die Entscheidung des XI. Senats in der Rechtssache XI R 35/19, Vorinstanz FG Niedersachsen v. 16.10.2016 abwarten

„Zwischen“- Fazit: ... man muss sehen ... und konkrete Einzelfälle im Blick haben

...

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Umsatzsteuerliche Aspekte



**Steuerfreiheit vs.
gemischter Vertrag vs.
Vertrag besonderer Art**

► Steuerfreiheit gem. § 4 Nr. 12 lit. a) UStG

- Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und Gebäude(teilen) ist steuerfrei
 - Ausnahme der Steuerbefreiung
 - Stellplätze für Fahrzeuge
 - Kurzfristige Beherbergung
 - Vermietung und Verpachtung von Betriebsvorrichtungen, auch wenn sie wesentliche Bestandteile eines Grundstücks sind
- Möglichkeit des Verzichts auf die Steuerfreiheit nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 UStG
 - Verpachtung muss an einen Unternehmer für sein Unternehmen erfolgen (Abs. 1)
 - Pächter muss mit Pachtgegenstand steuerpflichtige Ausgangsumsätze erzielen (Abs. 2)
 - Abs. 2 ist nicht auf Gebäude anzuwenden, die vor 1998 hergestellt bzw. grundsaniert wurden

**Typische Fälle der
Praxis**

- Wohnraum, Arztpraxen (ohne Optionsmöglichkeit)
- Gastronomieverpachtungen (mit Optionsmöglichkeit)
- Dachflächenverpachtung für Solaranlagen (mit Optionsmöglichkeit)
- Netzverpachtung (Betriebsvorrichtung und daher keine steuerfreie Leistung)

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Umsatzsteuerliche Aspekte



**Steuerfreiheit vs.
gemischter Vertrag vs.
Vertrag besonderer Art**

► Gemischter Vertrag

- Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und Gebäude(teilen) und Betriebsvorrichtungen/Dienstleistungen
 - Frage der Einheitlichkeit des Vertrags
 - Grundsätzlich bei typischen Nebenleistungen zur Pacht gegeben
 - Geprägetheorie
 - Einheitlicher Vertrag wird nach dem Vertragsteil behandelt, der dem Vertrag das Gepräge gibt

**Typischer Fall
der Praxis**

- Marktstände inkl. Stromlieferung (einheitlicher steuerfreier Vertrag, da Miete das Gepräge gibt)

Steuerliche Behandlung von Verpachtungen – Umsatzsteuerliche Aspekte



**Steuerfreiheit vs.
gemischter Vertrag vs.
Vertrag besonderer Art**

▶ Vertrag besonderer Art

- Ein Vertrag besonderer Art liegt vor, wenn die Gebrauchsüberlassung des Grundstücks gegenüber anderen wesentlicheren Leistungen zurücktritt und das Vertragsverhältnis ein einheitliches, unteilbares Ganzes darstellt.
 - Überlassung von Flächen oder Räumlichkeiten zur sportlichen Nutzung
 - Unabhängig davon, ob die Überlassung an Verbraucher oder Vereine erfolgt
 - Kein Vertrag besonderer Art ist die langfristige ausschließliche Überlassung von Sportstätten an Vereine
 - Überlassung von Räumlichkeiten zur anderen Nutzung, wenn
 - min. zwei weitere Dienstleistungen mit erbracht werden (Catering, Garderobe, Einlasskontrolle, Hausmeisterdienst)

**Typischer Fall
der Praxis**

- Überlassung von Sporthallen zur sportlichen Nutzung
- Überlassung von Schwimmbäder an Vereine
- Überlassung eines Standplatzes für Zigarettenautomat
- Überlassung von Grundstücken zur Anbringung von Werbetafeln

Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung

Ihr Ansprechpartner



StB
Rainer Schindler
Partner
Tax

Baker Tilly

Eilenburger Straße 1a
04317 Leipzig

T: +49 341 3980-183

F: +49 341 3980-179

rainer.schindler@bakertilly.de

[bakertilly.de](https://www.bakertilly.de)

Einrichtung eines Hinweisgebersystems / EU-Whistleblower-Richtlinie



Rechtliche Compliance Beratung & Ombudsperson



Die EU-Whistleblower-Richtlinie und das HinSchG - E



Anforderungen an ein Hinweisgebersystem



Warum lohnt es sich ein Hinweisgebersystem einzuführen?



Rechtliche Compliance Beratung & Ombudsperson

Rechtliche Compliance Beratung & Ombudsperson

Gemeinsam zur Compliance-Kultur

Präventive Compliance Beratung

Wir etablieren Maßnahmen und Strukturen zur Einhaltung gesetzlicher Anforderungen in Unternehmen und bei **Körperschaften des öffentlichen Rechts, Gebietskörperschaften** und **städtischen Beteiligungen**

Hinweisgebersystem/Ombudsperson

Wir betreuen als Ombudspersonen mehr als 20 Mandanten mit insgesamt über 100.000 Mitarbeitern, hierunter

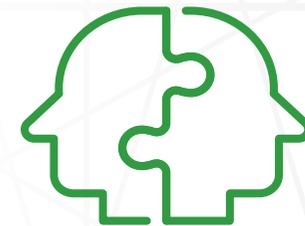
- **5 Körperschaften des öffentlichen Rechts**
- **1 Anstalt des öffentlichen Rechts**
- **1 Landkreis**
- **div. städtische Beteiligungsgesellschaften**

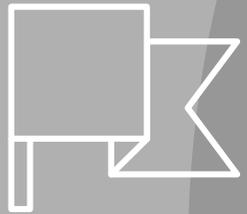
Schulungen für Mitarbeiter, Geschäftsleiter und Aufsichtsräte

Wir trainieren unterschiedliche Zielgruppen in Fragen der Compliance und Corporate Governance

Krisenmanagement

Wir unterstützen beim systematischen Umgang mit Krisensituationen zur Schadensminimierung





Die EU-Whistleblower-Richtlinie und das HinSchG - E

Die EU-Whistleblower-Richtlinie und das HinSchG - E

Dienststellen

- Z.B. Behörden, Verwaltungsstellen, Körperschaften des öff. Rechts
- Ausnahme möglich für:
 - Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern.
 - Dienststellen mit weniger als 50 Beschäftigten.

Besonderheiten:

- Regelungen im Landesrecht für Gemeinden
- Dienststellen mit 50 bis 249 Beschäftigten können sich Ressourcen teilen; Übergangsfrist bis zum 17.12.2023

Private Unternehmen

- Bei mehr als 50 Beschäftigten unabhängig vom Jahresumsatz
- Unabhängig von Rechtsform
- Unabhängig von der Branche
- Unternehmen in der Finanzdienstbranche ohne Ausnahme

Besonderheit:

- Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigten können sich ihre Ressourcen für die Entgegennahme und Untersuchung von Hinweisen teilen.
- Übergangsfrist bis zum 17.12.2023

Pflicht zur Einführung eines Hinweisgebersystems, jedoch keine Sanktionierung bei Zuwiderhandlung

Die EU-Whistleblower-Richtlinie und das HinSchG - E

Wer?

- Sämtliche Arbeitnehmer/innen
- Aber auch: **Beamte und Tarifbeschäftigte**
- Ausgenommen sind u.a. Personen, die anwaltlicher und ärztlicher Verschwiegenheitspflicht unterliegen
- Kein Ausschluss wegen z.B. beamtenrechtlicher Verschwiegenheit

Was?

- Nach EU-Richtlinie sind Meldungen (vorerst) nur dann geschützt, wenn sie einen Verstoß gegen EU-Recht zum Gegenstand haben. Nationaler Gesetzgeber kann dies jedoch erweitern
- Nach HinSchG-E sind Meldungen geschützt, wenn sie eine Straftat, eine OWiG oder einen Verstoß gegen EU-Recht zum Gegenstand haben

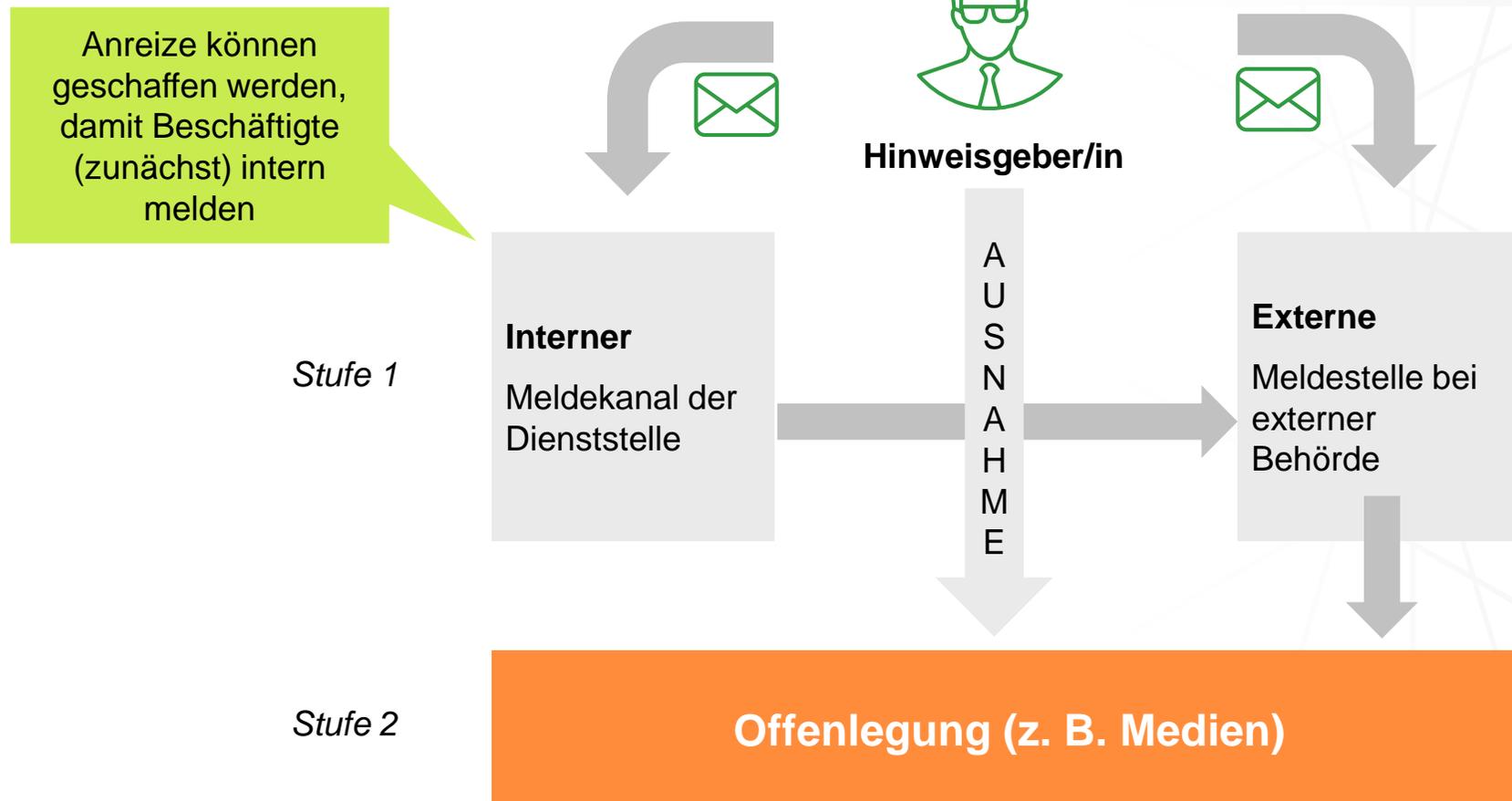


**Schutz vor
Repressalien**

**Schutz vor
Haftung**

**Schutz vor
weiteren Folgen**

Die EU-Whistleblower-Richtlinie und das HinSchG - E



Vorsprung durch niederschwelliges und sicheres Hinweisgebersystem

Die EU-Whistleblower-Richtlinie und das HinSchG - E

Subjektive Merkmale

- Whistleblower müssen **hinreichend Grund zur Annahme** gehabt haben, dass die gemeldete Information der Wahrheit entspricht.
- Bei Verletzung von **Verschwiegenheitspflichten** muss die Weitergabe zur Aufdeckung des Verstoßes **erforderlich** sein.
- Motivation der meldenden Person ist irrelevant.

Adressat der Meldung

- **Wahlrecht** der Whistleblower zwischen internen und externen Meldekanälen
- Vor einer **Offenlegung** muss eine (erfolglose) Meldung an einen externen Meldekanal erfolgt sein.

Schutz vor
Repressalien

Schutz vor
Haftung

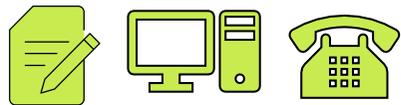
Schutz vor
weiteren Folgen



Anforderungen an ein Hinweisgebersystem

Anforderungen an ein Hinweisgebersystem

Meldekanäle



Modalitäten

- Vertraulichkeit der Meldungen
- Ggf. anonyme Meldungen
- Zugang nur für befugte Mitarbeiter
- Kommunikation mit dem Hinweisgeber muss möglich sein
- Die mit den Aufgaben einer internen Meldestelle beauftragten Personen müssen regelmäßig geschult werden

Eingangs- bestätigung

- Eingangsbestätigung innerhalb von sieben Tagen

Folge- maßnahmen

- Meldung muss nachgegangen und auf Stichhaltigkeit überprüft werden
- Folgemaßnahmen sind:
 - Durchführung einer internen Untersuchung
 - Weitergabe/ Verweis an zuständige Stelle
 - Abgabe an zuständige Behörden
 - Abschluss des Verfahrens

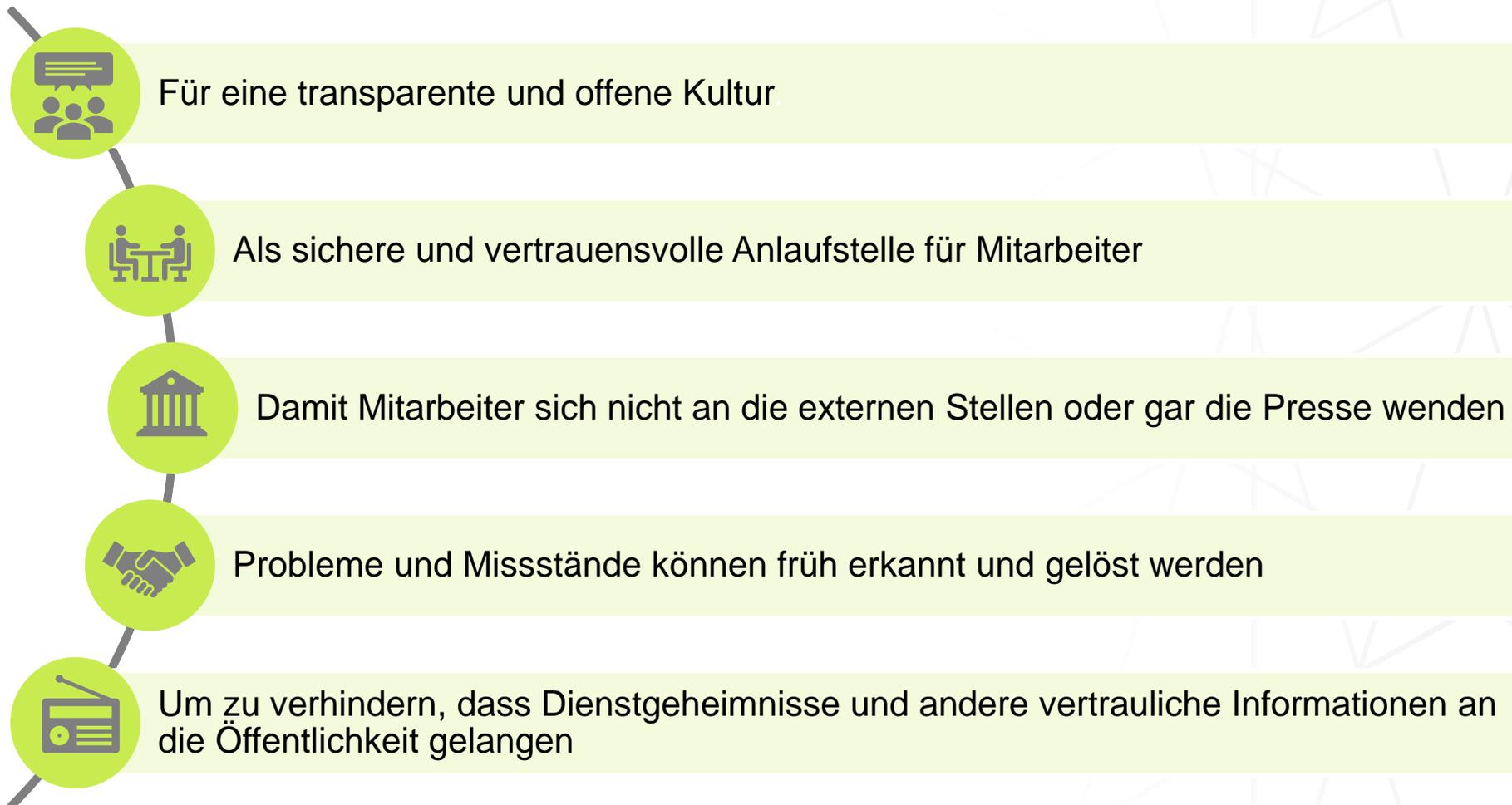
Rück- meldung

- Rückmeldung zu dem Verbleib des gemeldeten Hinweises innerhalb von drei Monaten
- Rückmeldung umfasst die Mitteilung geplanter sowie bereits ergriffener Folgemaßnahmen sowie Gründe für diese



Warum lohnt es sich ein Hinweisgebersystem einzuführen?

Warum lohnt es sich ein Hinweisgebersystem einzuführen?



Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung

Ihre Ansprechpartner



RA
Felix Weidenbach
Partner
Legal

Baker Tilly

Nymphenburger Str. 3b
80335 München

T: +49 89 55066-320

M: +49 151 15049304

felix.weidenbach@bakertilly.de



RA, Dipl.-Psych., Compliance Officer (univ.)
Janine Winkler
Senior Manager
Legal

Baker Tilly

Nymphenburger Str. 3b
80335 München

T: +49 89 55066-138

M: +49 151 19470860

janine.winkler@bakertilly.de

Aktuelles zu Konzessionsverträgen und –abgaben / Hinweise zur Netz-Regulierung für Kommunen



Konzessionsverträge und
Konzessionsverfahren



Wärmekonzessionen



Wasserkonzessionen



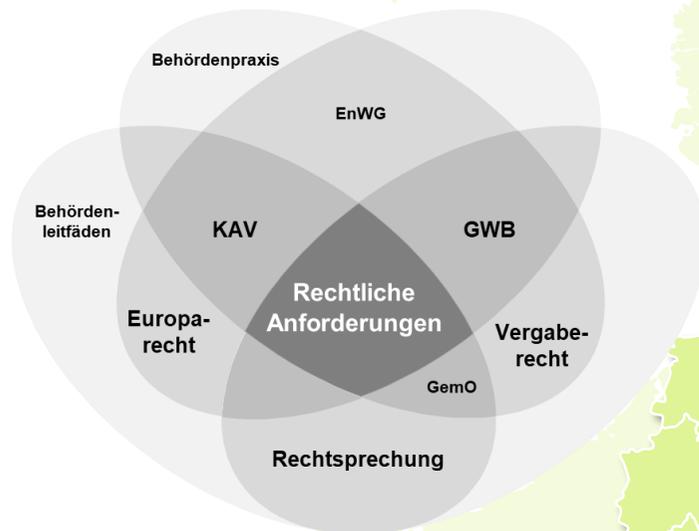
Aktuelles zu Konzessionsverträgen und –abgaben / Hinweise zur Netz-Regulierung für Kommunen

Konzessionsvertrag: Strom und Gas gem. §§ 46 EnWG

Eine Kommune räumt einem Netzbetreiber mittels eines Konzessionsvertrages ein Wege- und Nutzungsrecht an den öffentlichen Verkehrswegen für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern auf ihrem Gemeindegebiet ein.



Konzessionsverträge und Konzessionsverfahren „Alle (20) Jahre wieder“



- Jede Kommune ist verpflichtet, regelmäßig ein Konzessionsverfahren durchzuführen.
- Durch die Höchstlaufzeit von Konzessionsverträgen von 20 Jahren wird ein Mindestmaß an Wettbewerb um das Netz ermöglicht.
- Das Verfahren nach § 46 ff. EnWG „beginnt“ schon 3 Jahre vor dem Ende mit der Entstehung von Informationspflichten
 - 3 Jahre vor Ende kann und sollte die Kommune Netzdaten vom Konzessionär verlangen, § 46a EnWG
 - 2 Jahre vor Ende muss das Auslaufen des Vertrages im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht werden
- Das Verfahren kann sehr langwierig sein, weswegen ein rechtzeitiger Beginn vor dem Ende der Konzession allen Beteiligten anzuraten ist.
 - Gerade bei kommunalen Unternehmen sollte darauf geachtet werden, wann die Konzessionsverträge enden.

Rechtliche Folgen der Nichtdurchführung eines Konzessionsauswahlverfahrens



Auswirkungen auf die Konzessionsabgabenzahlung

Grundsatz:

Gemäß § 48 Abs. 4 EnWG n.F. besteht die Pflicht zur Zahlung der Konzessionsabgaben auch nach Ablauf eines Wegenutzungsvertrags bis zur Übertragung der Verteilernetzanlagen auf einen neuen Konzessionsvertragspartner fort.

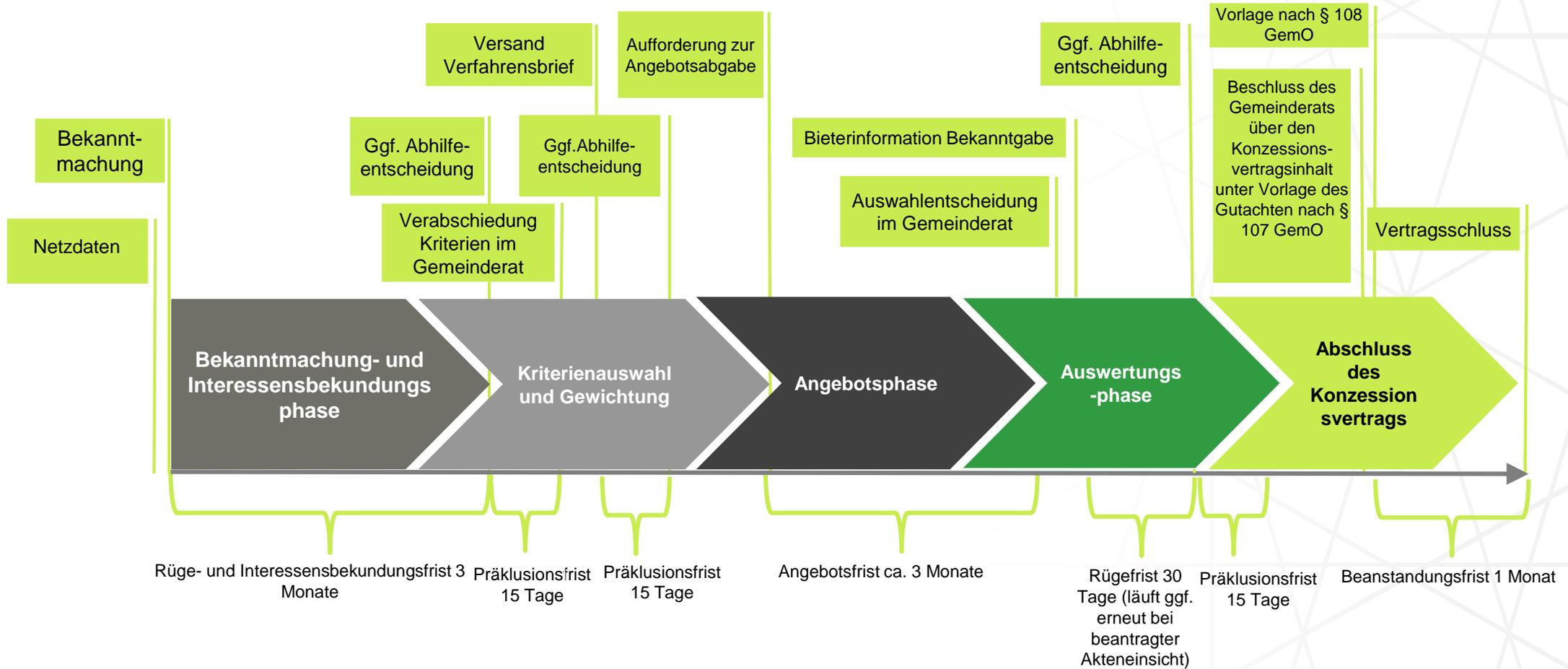
Ausnahme:

Dies gilt jedoch nicht, wenn die Gemeinde es unterlassen hat, ein Konzessionsverfahren durchzuführen.

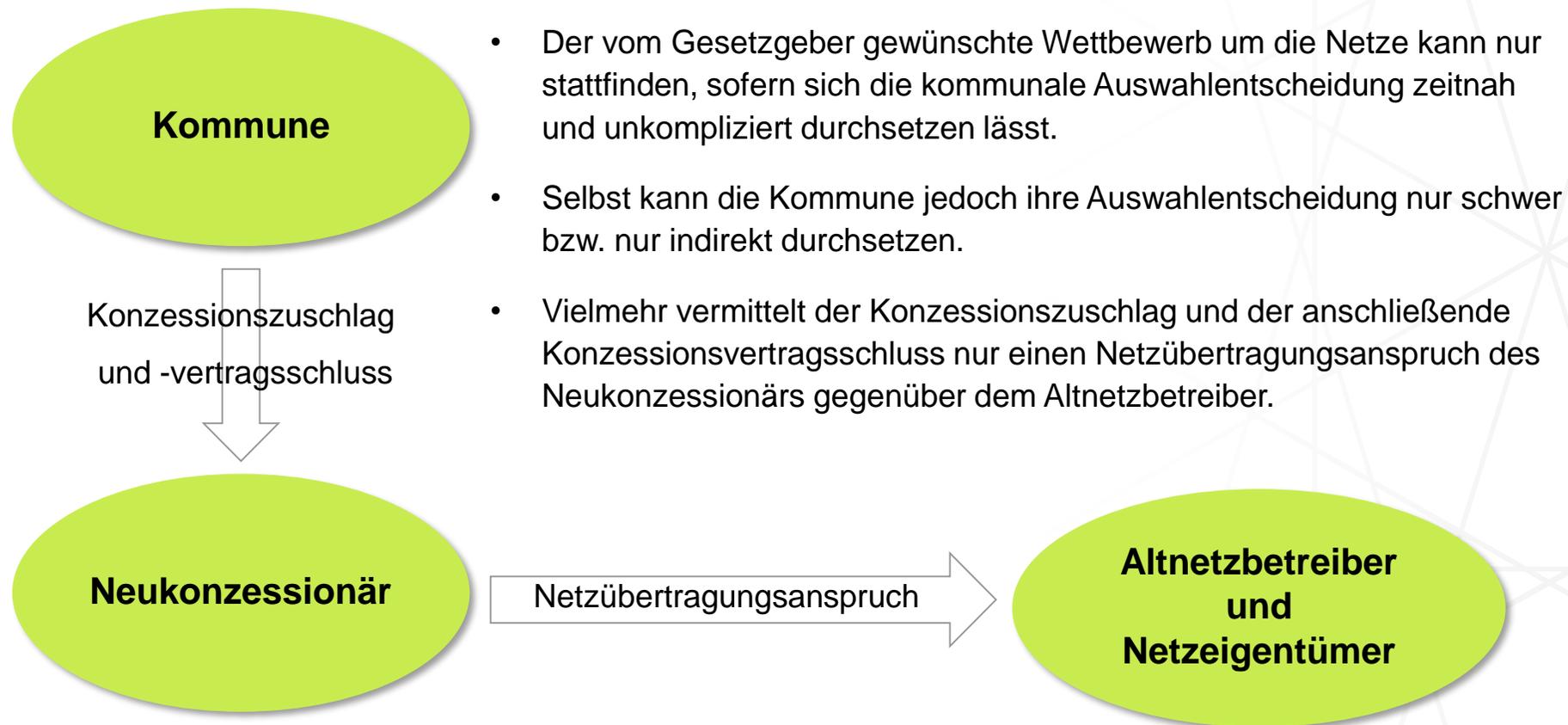


Laut der Gesetzesbegründung soll die Gemeinde das Verfahren initiieren und zügig vorantreiben.

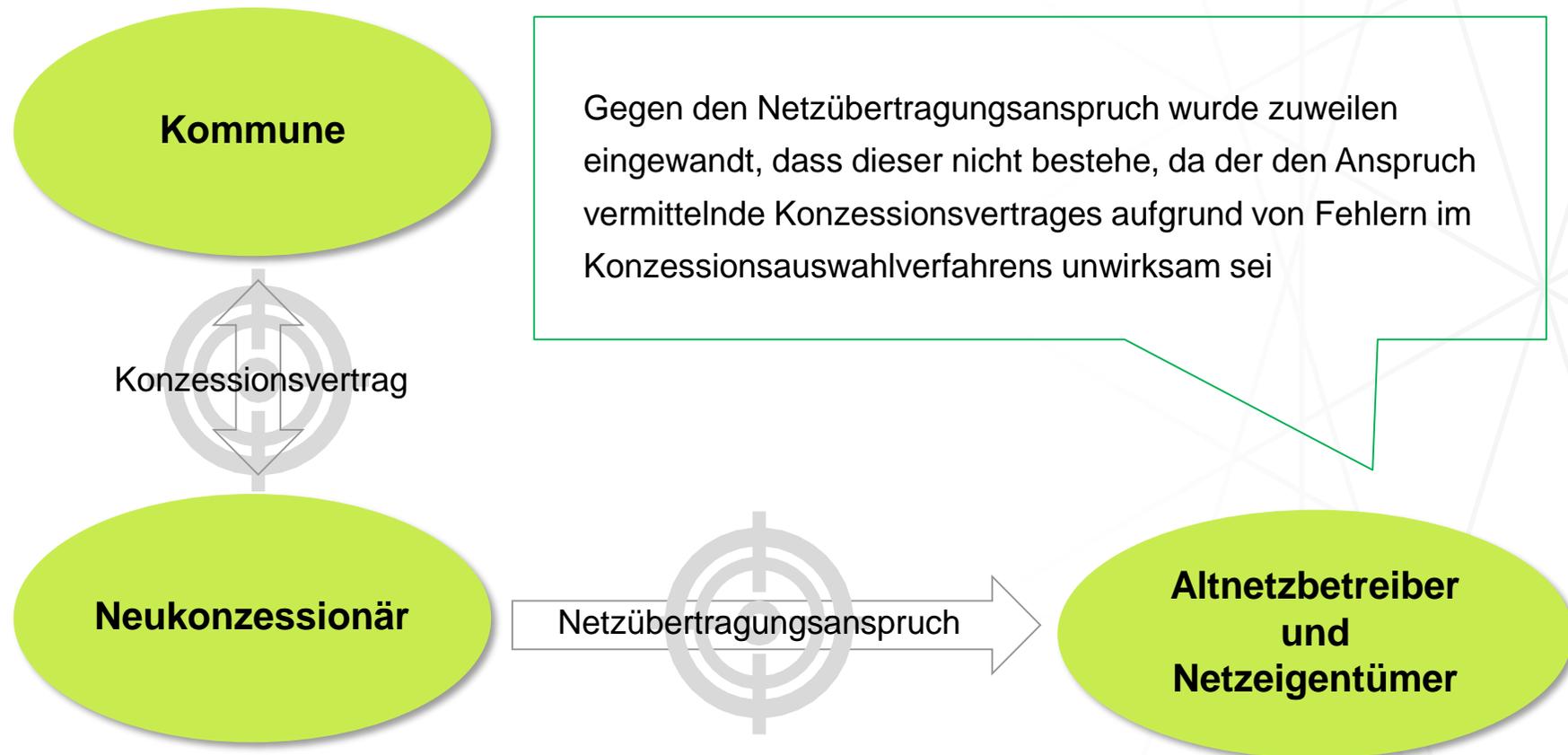
Vereinfachter Überblick über das Konzessionsverfahren



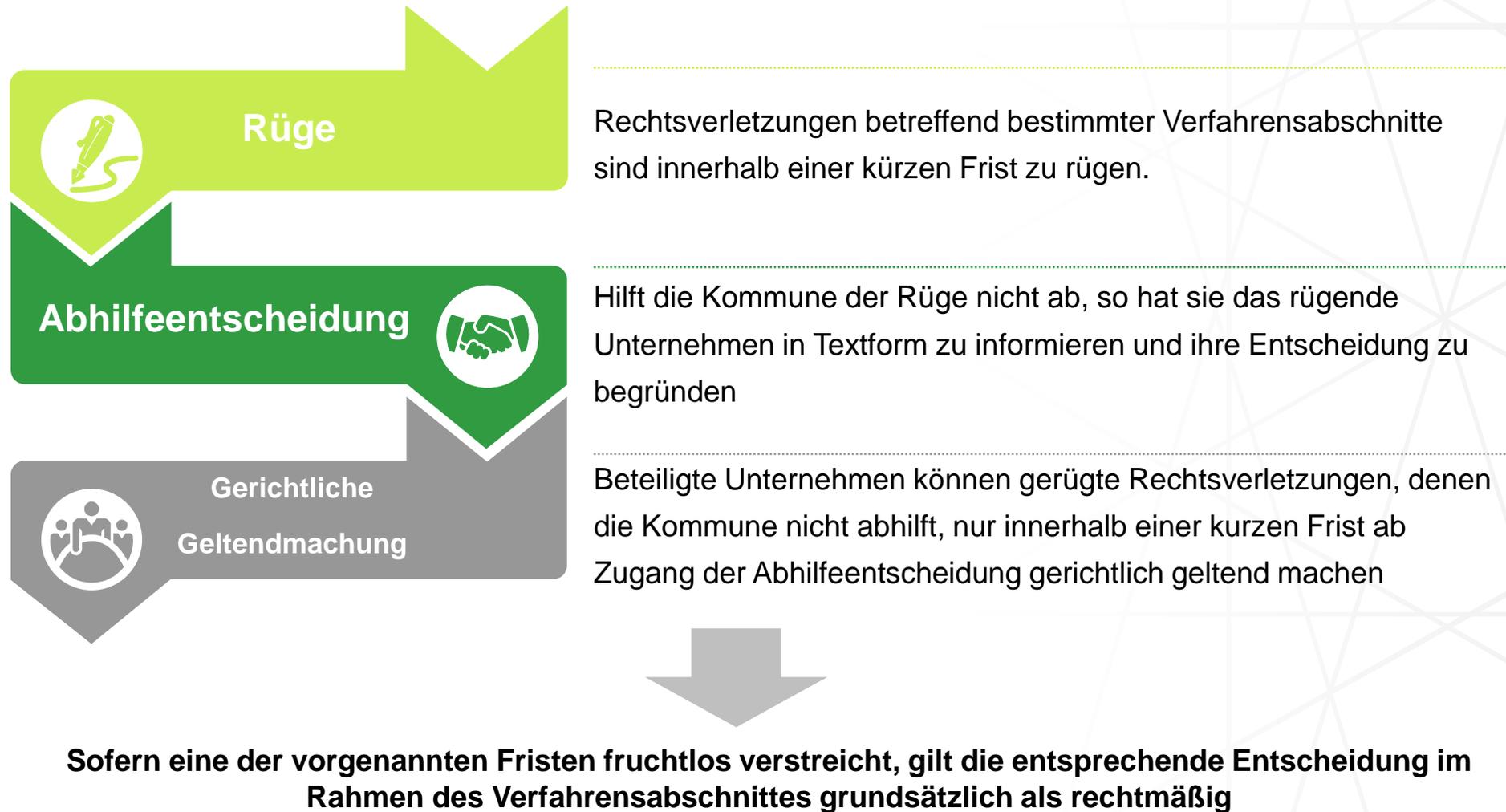
Durchsetzung der Auswahlentscheidung der Kommune



Einwendungen des Altnetzbetreibers und Netzeigentümers nach altem Recht



Neu eingeführte Rüge- und Präklusionsregime



... aktuelle Schlaglichter der Konzession-Rechtsprechung



- **BGH v. 9. März 2021 (GASAG)**
 - Erstmaliger „Zuschlag durch Gericht“; bisher stets: Verhinderung des Zuschlages und Rückversetzung Vorphasen (Auswertung)
 - Argument: Dauer des neuen Verfahrens würde die vom Gesetzgeber vorgesehene „Frequenz“ der Konzessionsvergaben von 20 Jahren aushebeln.
- **OLG Dresden v. 7. Oktober 2020**
 - Grundsätzlich hat der unterlegene Bieter einen Anspruch auf Akteneinsicht, der die Offenlegung der übrigen Angebote umfasst.
 - Die Berufung auf Geschäftsgeheimnisse ist explizit für jeden Teil des Angebots zu begründen und eng auszulegen. „Das Berufen auf Geschäftsgeheimnisse ist (...) die Ausnahme, die Akteneinsicht (...) dagegen die Regel.“
 - Die Kommune muss weiterhin eine Abwägung zwischen dem Interesse auf Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und dem Interesse auf Akteneinsicht vornehmen (und dokumentieren)

... aktuelle Schlaglichter der Konzession-Rechtsprechung



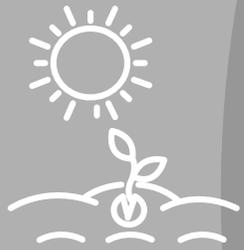
- **OLG Brandenburg v. 6. April 2021 (Az. 17 U 3/19 Kart)**
 - Die Mitwirkung eines Mitarbeiters der Beteiligungsverwaltung am Konzessionsverfahren stellt einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot dar.
 - Auch im (vorliegenden) Fall, dass der Mitarbeiter für die Zeit des Verfahrens von seinen Aufgaben im Bezug auf bestehenden Stadtwerke entbunden war. (Argument aus § 5 KonzVgV „direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse“)
 - Kritik:
 - Nach dem BGH müsste die konkrete Auswirkung der Beteiligung der „befangenen“ Person nachweisbar sein. Wohl nicht bei einem reinen „Verfahrenskoordinator“, der keine Stimmrechte in Gremien hat.
 - Die „befangenen“ Personenkreise wurden vom BGH auf Angestellte und Organmitglieder beteiligter Unternehmen (insb. Aufsichtsräte) begrenzt.
 - Im übrigen ist die KonzVgV grds. nicht direkt für Strom und Gaskonzessionen anwendbar. Die dortige Norm hat auch einen etwas anderen Schutzzweck als §§ 46 ff. EnWG.

- **OLG Dresden v. 27.1.2021 (Az.: U 6/20 Kart) > Hinweis zu (Rüge-)Fristen**
 - Es gelten die üblichen zivilrechtlichen Regeln über den Zugang (§ 130 BGB): Bei Einwurf nach den üblichen Geschäftszeiten ist mit der Kenntnisnahme erst am nächsten Werktag zu rechnen; folglich gilt die Erklärung auch erst dann als zugegangen.

Exkurs: Wasserstoffnetze

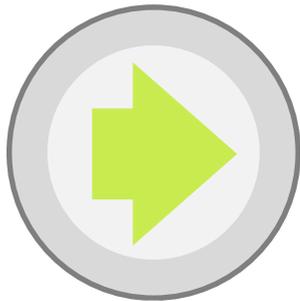


- **Wasserstoffnetze sind derzeit nach h.M. noch nicht von den Regeln des EnWG erfasst.**
 - **Wegerechte über einzelvertragliche Lösungen**
 - **Versorgungskonzessionen entsprechend KonzVgV**
 - Schwellenwert 5,35 Mio. Erlöse während der Laufzeit
 - Inhousevergabe möglich, wenn Kriterien erfüllt sind. (Wesentlichkeit, Kontrolle)
- **Regierungsentwurf zum EnWG vom Januar 2021 regelt die Umwidmung von Erdgas zu Wasserstoffnetzen**
 - Umwidmung möglich §§ 43l EnWG-E; ggf. Genehmigung/Planfeststellungsverfahren vereinfacht
 - Bestehende Nutzungsrechte (insb. Dienstbarkeiten) sollen durch eine Auslegungsregel weitergelten, § 113a Abs. 1 EnWG-E
 - Gaskonzessionen werden bei Umstellung während der Laufzeit in H₂-Konzessionen per Gesetz übergeleitet
 - Es soll „in der Höhe“ die gleiche Konzessionsabgabe wie für Gas gezahlt werden (unklar ob absolut oder je kWh)
 - Nach Ende des Konzessionsvertrages soll der Betreiber die Netze (unbegrenzt?) gegen Zahlung der KA weiternutzen dürfen

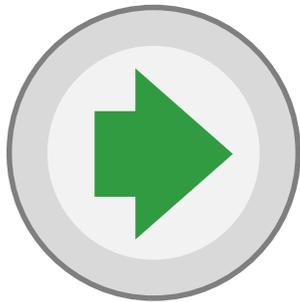


Wärmekonzessionen

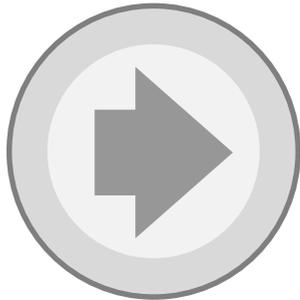
Fernwärmekonzession i.S.v. § 105 GWB n.F.



Eine Kommune muss nur dann eine Ausschreibung vornehmen, wenn sie einem Marktteilnehmer über das bloße Wegerecht hinaus eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt.



Dies ist vor allem dann der Fall, sofern ein Wegerecht nicht isoliert vergeben wird, sondern die Kommune im Ergebnis einem Marktteilnehmer eine weitgehend ausschließliche Versorgerstellung verschafft.



Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein **Anschluss- und Benutzungszwang** oder eine **privatrechtliche Abnahmeverpflichtung zu Gunsten des Wegerechteinhabers** dazu führt, dass dieser in dem betroffenen Netzgebiet keinem oder nur eingeschränkten Wettbewerb ausgesetzt ist.

Wann ist die Fernwärmekonzession eine Konzession i.S.v. § 105 GWB n.F.?

Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe

*"Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls **nicht als Konzession im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.**"*

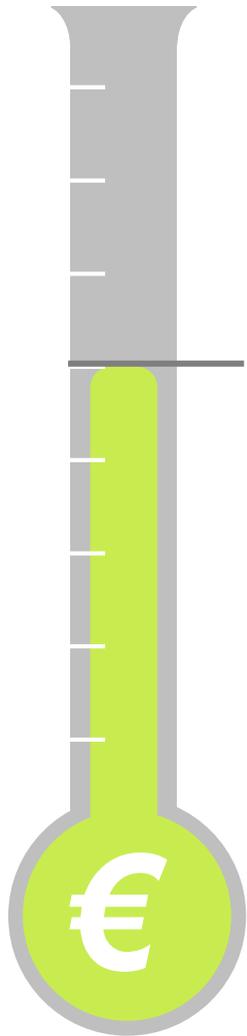


Sofern keine Lieferungsverpflichtung auferlegt wird und kein Betriebsrisiko übertragen wird, handelt es sich bei der Erteilung eines Nutzungsrechts an den öffentlichen Verkehrswegen zum Betrieb und Verlegung von Anlagen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Fernwärme um keine Konzession im Sinne des § 105 GWB n.F.



Sofern jeglicher Beschaffungsbezug in dem Fernwärmekonzessionsvertrag fehlt, fordern die Vorschriften des GWB nicht die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens.

Überschreitung des Schwellenwertes



5.350.000 € Umsatz über die Konzessionslaufzeit als Schwellenwert

Ob ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss, bestimmt sich zusätzlich danach, ob der Schwellenwert von 5.225.000 € (Umsatz über die Konzessionslaufzeit) überschritten wird bzw. ob eine Binnenmarktrelevanz vorliegt.

Vergabefreie Inhouse-Vergabe

Sofern die Fernwärmekonzessionen einen vergaberechtlich relevanten Vorgang darstellt, ist eine verfahrensfreie Inhouse-Vergabe möglich

Auftragsvergabe durch Auftraggeber an juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts

Mehr als 80% der Tätigkeiten dienen der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von dem Auftraggeber oder einer von diesem kontrollierten jur. Pers. betraut wurde
(Wesentlichkeitskriterium)

§ 108 Abs. 1 GWB

Der Auftraggeber übt über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle aus wie über seine eigenen Dienststellen
(Kontrollkriterium)

Am Auftragnehmer besteht grundsätzlich keine direkte private Kapitalbeteiligung

Vergabefreie Inhouse-Vergabe

Sofern die Fernwärmekonzessionen einen vergaberechtlich relevanten Vorgang darstellt, ist eine verfahrensfreie Inhouse-Vergabe möglich

Auftragsvergabe durch Auftraggeber an juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts

Mehr als 80% der Tätigkeiten dienen der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von dem Auftraggeber oder einer von diesem kontrollierten jur. Pers. betraut wurde
(Wesentlichkeitskriterium)

§ 108 Abs. 1 GWB

Der Auftraggeber übt über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle aus wie über seine eigenen Dienststellen
(Kontrollkriterium)

Am Auftragnehmer besteht grundsätzlich keine direkte private Kapitalbeteiligung



Wasserkonzessionen

Durchführung eines Vergabeverfahrens bei dem Abschluss eines Wasserkonzessionsvertrags?

§ 149 Satz 1 Nr. 9a GWB

Nach § 149 Satz 1 Nr. 9a GWB sind die im Teil 4 des GWB enthaltenen Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen nicht auf Konzessionen im Bereich Wasser, die die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreffen anzuwenden.



Auch wenn die vorbenannten Konzessionen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts fallen, muss grundsätzlich das europäische Primärvergaberecht beachtet werden.

Das Verfahren muss hiernach diskriminierungsfrei und transparent sein.

Die „Inhouse-Regeln“ können ebenfalls in das Verfahren einfließen.

Anmeldung des Konzessionsvertragsabschlusses

§§ 31 a i.V.m. 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser (Wasserversorgungsunternehmen) mit Gebietskörperschaften, soweit sich damit eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten, **bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vollständigen Anmeldung bei der Kartellbehörde.**

Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung

Ihre Ansprechpartner



Hartmut Müller
Partner
Energy & Utilities



RA
Christopher Siebler
Senior Manager
Legal

Baker Tilly

Cecilienallee 6-7
40474 Düsseldorf

T: +49 211 6901-3722

M: +49 174 3470859

hartmut.mueller@bakertilly.de

Baker Tilly

Calwer Straße 7
70173 Stuttgart

T: +49 711 933046-442

M: +49 151 51186521

christopher.siebler@bakertilly.de

Effizienter und sachgerechter Umgang mit „De-minimis“- und sonstigen Beihilfen in der kommunalen Praxis



Ausgangspunkt



Umgang mit „De-minimis“-Beihilfen



Weitere relevante Aspekte



Integration des Beihilfenrechts in die Verwaltungs-Organisation („Compliance“)



Ausgangspunkt

Ausgangspunkt

**Vom Beihilfenrecht
der Steinzeit zum
Beihilfenrecht der
Neuzeit....**

- ▶ 2005: „Monti-Paket“, daraufhin „Muster-Betrauungsakt“ Landkreistag Baden-Württemberg
- ▶ Damals verbreiteter Tenor in der kommunalen Welt: „Des brauchet mr net“....
- ▶ 2012: „Almunia-Paket“
- ▶ 2013: Klage gegen Landkreis Calw wegen Finanzierung Kreiskliniken Calw GmbH anhängig
- ▶ 2013: Aktualisierung „Muster-Betrauungsakt“ Landkreistag Baden-Württemberg; Tenor: „Wir brauchen noch schnell einen Betrauungsakt...“
- ▶ 2014: Novellierung AGVO
- ▶ 2016/17: BGH und OLG Stuttgart entscheiden in Sachen „Kreiskliniken Calw“
- ▶ 2017: Klarstellungen Europäische Kommission zum Tourismusmarketing
- ▶ 2019: Abschluss Monitoringverfahren „Wirtschaftsförderung“
- ▶ 2020/2021: COVID-19-Pandemie, „November- und Dezemberhilfen“, zunehmende Mittelknappheit

Ausgangspunkt

Prüfungsschema für die Praxis

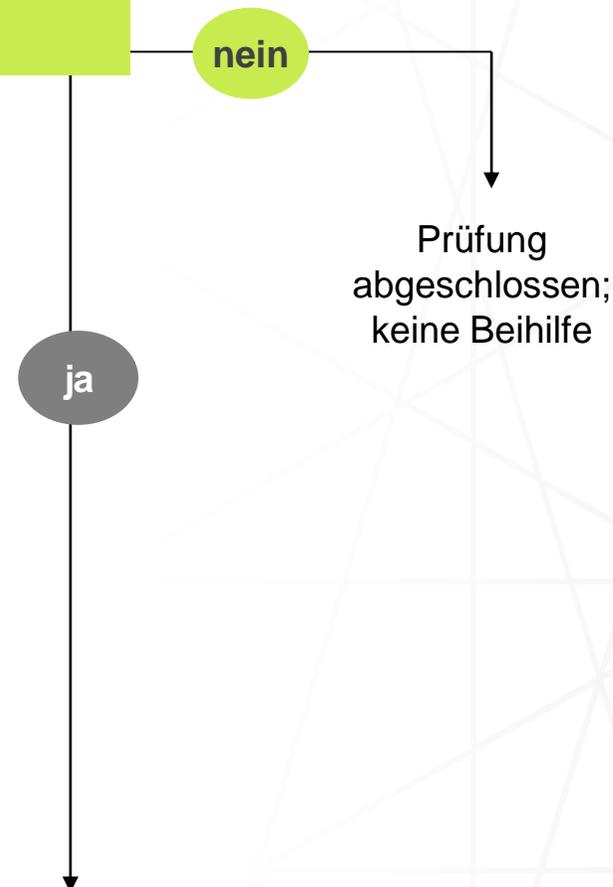
I. Tatbestandsebene: Liegt eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor?

1. Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale

- (a) Vorliegen eines Unternehmens
 - Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe
- (b) Staatliche Mittel
- (c) Begünstigung / wirtschaftlicher Vorteil, Prüfung z.B. von:
 - „Altmark Trans“-Rechtsprechung
 - Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe
 - „Bürgerschaftsmittelteilung“
- (d) Selektivität
- (e) Wettbewerbsverfälschung bzw. Zwischenstaatlichkeit
 - Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe

2. Ausnahmetatbestände:

- De-minimis-VO (200.000,-- EUR brutto in 3 Jahren) und De-minimis-VO-DAWI (500.000,-- EUR brutto in 3 Jahren)
- greifen diese ein, liegt tatbestandlich keine Beihilfe vor



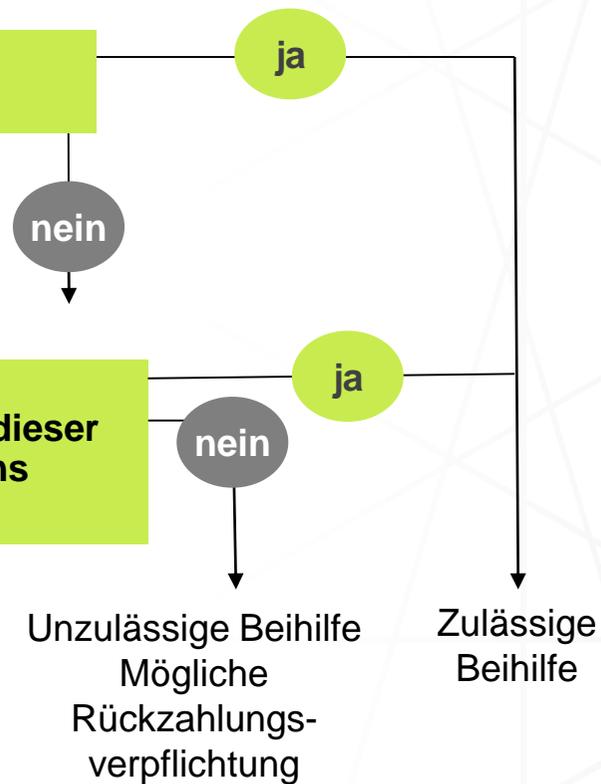
Ausgangspunkt

Prüfungsschema für die Praxis

II. Rechtfertigungsebene:
Ist die Beihilfe aufgrund besonderer Vorschriften erlaubt?

Prüfung insbesondere der Voraussetzungen des „Freistellungsbeschlusses“ oder einer Freistellung nach der AGVO

III. Genehmigungsebene:
Ist die Beihilfe bei der EU-Kommission notifiziert und von dieser genehmigt worden (etwa auf Grundlage des Unionsrahmens FuEul)?





Umgang mit „De-minimis“-Beihilfen

Umgang mit „De-minimis“-Beihilfen

Allgemeine Grundsätze

- ▶ Reichweite: Die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten Beihilfen darf einen Höchstbetrag von EUR 200.000,-- (bzw. EUR 500.000,-- im Daseinsvorsorgebereich) je Unternehmen innerhalb von drei Steuer-/Kalenderjahren nicht übersteigen
- ▶ Rechtsfolge: Beihilfen, die die Voraussetzungen der „De-minimis“-Verordnung erfüllen, gelten als Maßnahmen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffs erfüllen
- ▶ Sie unterliegen deshalb nicht der Verpflichtung zur Notifizierung und Genehmigung
- ▶ Der Betrag von EUR 200.000,-- (bzw. EUR 500.000,--) bezieht sich auf den Fall einer Barzuwendung (brutto)
- ▶ Wird die Beihilfe in anderer Form gewährt, bestimmt sich die Höhe der Beihilfe nach ihrem sog. Bruttosubventionsäquivalent (BSA)
- ▶ In mehreren Tranchen gezahlte Beihilfen werden mit dem zum Bewilligungszeitpunkt geltenden Zinssatz abgezinst

Umgang mit „De-minimis“-Beihilfen

Allgemeine Grundsätze

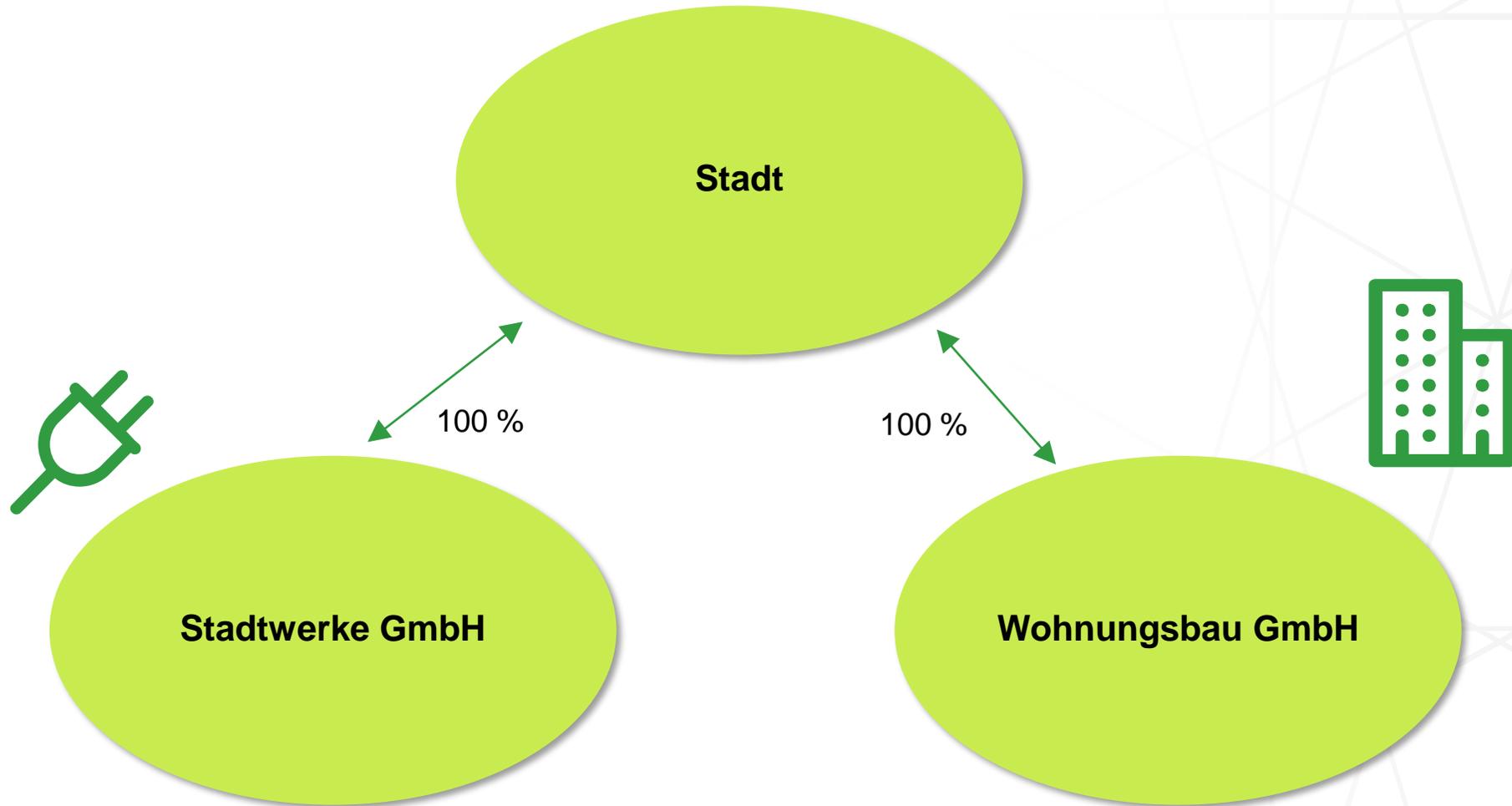
- ▶ Schriftliche Mitteilung der beihilfengewährenden Stelle gegenüber dem Empfänger, dass es sich um eine „De-minimis“-Beihilfe handelt unter Angabe deren voraussichtlicher Höhe bzw. des BSA – sog. „De-minimis“-Bescheinigung
- ▶ Mitwirkungspflicht des Empfängers: schriftliche Erklärung über bereits erhaltene „De-minimis“-Beihilfen in den beiden vorangegangenen Jahren sowie im laufenden Steuerjahr
 - Bewilligungsbehörde muss diese Erklärung verlangen
 - Strafbarkeit unrichtiger oder unvollständiger Angaben nach § 264 StGB
- ▶ Vergewisserung der Bewilligungsbehörde, dass Höchstbetrag nach „De-minimis“-Verordnung nicht überstiegen wird und sämtliche Voraussetzungen nach der „De-minimis“-Verordnung vorliegen
- ▶ Bewilligungsbehörde muss der Europäischen Kommission auf Verlangen innerhalb von 20 Arbeitstagen alle relevanten Informationen vorlegen
- ▶ Aufbewahrungspflicht für alle relevanten Unterlagen für 10 Jahre

Umgang mit „De-minimis“-Beihilfen

**Welche Einheiten
sind hierbei zu
berücksichtigen
(„Konzern
Kommune“)?**

- ▶ Nach dem im Beihilfenrecht (und im EU-Wettbewerbsrecht allgemein) geltenden funktionalen Unternehmens-Begriff kommt es auf den Unternehmensverbund an (vgl. EuGH, Urt. v. 13.06.2002, Rs. C-382/99 – *Niederländische Tankstellen*)
- ▶ Dieser Grundsatz spiegelt sich auch in Art. 2 Abs. 2 der „De-minimis“-Verordnung wieder. Danach ist auf ein „einziges Unternehmen“, d.h. auf den Unternehmensverbund abzustellen
- ▶ Detailliertere Regelungen hierzu enthält die Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) (ABl. L 124/36 vom 20.05.2003)
- ▶ Grundsatz:
 - Relevant ist nicht nur das betreffende Unternehmen, sondern auch die Kommune und andere mit der Kommune verbundene Unternehmen
 - Jedenfalls alle Mehrheitsbeteiligungen erfasst
 - Bei Minderheitsbeteiligungen und 50 %-Beteiligungen ist Zurechnung im Einzelfall zu prüfen
- ▶ Teilweise Unklarheiten durch Formulierungen in FAQ zu „November- & Dezemberhilfen“ zum „Unternehmensverbund“ bzw. zur Durchbrechung der Zurechnung (im Zusammenhang mit Ausnahmen vom Konsolidierungsgebot für kommunale Unternehmen)

Umgang mit „De-minimis“-Beihilfen





Weitere relevante Aspekte

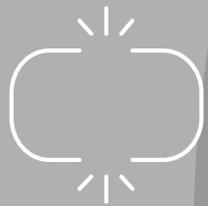
Weitere relevante Aspekte

Neben „De-minimis“-Beihilfe sind u.a. folgende weitere Aspekte zu berücksichtigen

- ▶ Sonstige Fördermittel ohne Beihilfen-Charakter (oder mit jedenfalls unklarer beihilfenrechtlicher Einordnung)

- ▶ Beihilfen auf Grundlage der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)
 - Dokumentationspflichten
 - Anzeigen und Veröffentlichungspflichten nach SANI oder auf eigener Website
 - Beantwortung von Auskunftsverlangen

- ▶ Beihilfen auf Grundlage von Betrauungsakten
 - Vermeidung der Überkompensation
 - Überwachung der Trennungsrechnung
 - Teilnahme an Monitoring



Integration des Beihilfenrechts in die Verwaltungs- Organisation („Compliance“)

Integration des Beihilfenrechts in die Verwaltungs-Organisation („Compliance“)

**Beihilfen-Compliance
muss auf kommunaler
Ebene implementiert
werden – wichtige
Elemente/Maßnahmen**

- ▶ „Commitment“ zur Beihilfen-Compliance („Compliance-Kultur“)
 - Klares Bekenntnis der Verwaltungsspitze zur Einhaltung der beihilfenrechtlichen Vorgaben und zur Transparenz
 - Keine Toleranz bei Verstößen
 - Regelmäßige Berichterstattung und Einbindung der politischen Gremien

Integration des Beihilfenrechts in die Verwaltungs-Organisation („Compliance“)

**Beihilfen-Compliance
muss auf kommunaler
Ebene implementiert
werden – wichtige
Elemente/Maßnahmen**

- ▶ Interne Zuständigkeitskonzentration bei Kämmererei, Rechtsamt, Europakoordinator oder Beteiligungsverwaltung („Beihilfenstelle“)
 - Konzentration von spezifischem Know-how bei einer Stelle
 - Bündelung sämtlicher relevanter Informationen (wichtig für Antragstellungen und Beantwortung von Auskunftsverlangen), Sicherung des Informationsflusses zur Beihilfenstelle
 - IT-gestützte Erfassung und Verwaltung sämtlicher beihilfenrechtlich relevanter Vorgänge (z.B. Excel oder andere Formate)
 - Zuweisung von Revisions- und Weisungsrechten sowie Kontroll- und Einsichtnahme-Rechten
 - Wahrnehmung der Dokumentations- und Archivierungspflichten bei Betrauungsakten und nach der AGVO (Monitoring)
 - Einführung eines „Vier-Augen“-Prinzips bzw. kurzfristige Rückkoppelung mit externem Rechtsanwalt bei Zweifelsfällen
 - Auswertung neuer Entscheidungspraxis und neuer Entwicklungen in der Praxis

Integration des Beihilfenrechts in die Verwaltungs-Organisation („Compliance“)

**Beihilfen-Compliance
muss auf kommunaler
Ebene implementiert
werden – wichtige
Elemente/Maßnahmen**

- ▶ Erarbeitung von Beihilfenleitfäden, Geschäftsanweisungen, Checklisten; Konzeption von Mitarbeiter-Schulungen, insbesondere für Ansprechpartner in den einzelnen Abteilungen
- ▶ Erarbeitung von „Prozessen“ für bestimmte, häufig vorkommende Fragestellungen und für besonders riskante Vorgänge, wie z.B.
 - Finanzierung kommunaler Unternehmen
 - Bürgschaften und Garantien
 - Grundstücksgeschäfte
 - Sonstige Förderprojekte

Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung

Ihr Ansprechpartner



RA
Dr. Stefan Meßmer
Partner
Legal

Baker Tilly

Calwer Str. 7
70173 Stuttgart

T: +49 711 933046-345

F: +49 711 933046-221

stefan.messmer@bakertilly.de

[bakertilly.de](https://www.bakertilly.de)

Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten in kommunalen Unternehmen



Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen



Rechte des Aufsichtsrates



Pflichten des Aufsichtsrates

Einleitung

Das Amt des Aufsichtsratsmitglieds ist nach gängigem Vorverständnis ein
typisches
„**Nebenamt**“;

diese Bezeichnung darf allerdings **nicht** zu dem Missverständnis führen, es
handele sich um eine
nebensächliche Aufgabe.

Leitfaden des Innenministeriums des Landes Mecklenburg-Vorpommern
für Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen



Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Organe von Kapitalgesellschaften

Organe der AG

Vorstand
Leitung

Hauptversammlung
Aktionärsvertretung
Beschlussorgan

Aufsichtsrat
Überwachung
Mitwirkung
Beratung

Organe der GmbH

Geschäftsführer
Leitung

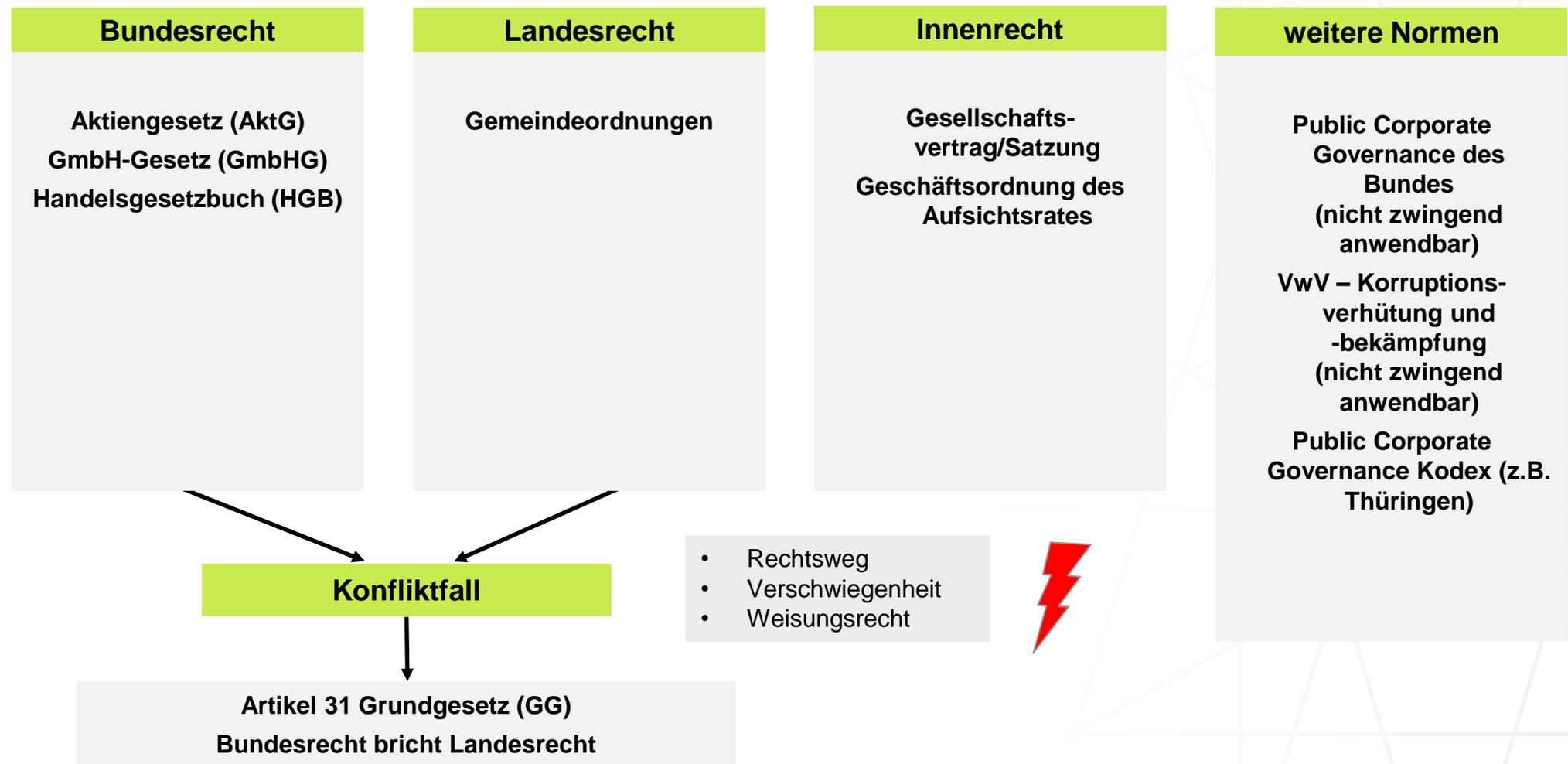
Gesellschafterversammlung
Gesellschaftervertretung
Beschlussorgan

je nach Notwendigkeit/
konkreter Ausgestaltung:

Aufsichtsrat
Überwachung
Mitwirkung
Beratung

Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Rechtlicher Rahmen



Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Normen betreffend die Innenorganisation

Public Corporate Governance Kodex – Ausgangslage



Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Normen betreffend die Innenorganisation

Rechtsnatur des PCGK

Bindungskraft des Public Corporate Governance Kodex?

- Interne Empfehlung zur Verbesserung von Unternehmensleitung und -kontrolle
- Rechtlich handelt es sich um **Verwaltungsrichtlinien**
- Ein PCGK hat **keine Gesetzesqualität**
-> Keine unmittelbare Bindung der Gesellschaften
- **Vertragliche Vereinbarung** bindender Wirkung **nicht möglich**
- **Aber:** Einbeziehung + Bindungswirkung über Satzungsregelung strittig über pauschalen Verweis

Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Normen betreffend die Innenorganisation

Interessenkonflikte



Definition:

Ein **Interessenkonflikt** oder auch **Zielkonflikt** liegt vor, wenn eine Situation dem Einfluss von einander widerstrebenden Faktoren unterliegt und zwischen ihnen *ausgewogen* reguliert werden soll.

Beispiele:

- Ein Aufsichtsrat – der in erster Linie die Interessen und das Wohl des Unternehmens verfolgen soll – hat über einen Vertrag zu befinden, der ihn oder eine Person aus dem persönlichem Umfeld begünstigt oder begünstigen könnte.
- Aufsichtsrat ist zugleich Mitglied im Aufsichtsrat eines Konkurrenzunternehmens bzw. ist dort tätig.

Potenzielle Folgen:

Fälle der Interessenkonflikte – die sich z.T. nicht vermeiden lassen – können in der öffentlichen Wahrnehmung falsch aufgefasst werden und zu einem Reputationsrisiko führen.

Entscheidungen, die im Kontext von Interessenkonflikten getroffen wurden, können ggf. zu einer Haftung nach §§ 116, 93 AktG führen.

Was macht der Gesetzgeber:

Der Gesetzgeber hat in Kenntnis dieser Konfliktlage beim Erlass des KontraG (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, 1998), welches das Ziel hatte, die sog. Corporate Governance zu verbessern, auf eine umfassende Lösung von Konfliktlagen verzichtet.

Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Aufgaben des Aufsichtsrats als Organ



- Leitungstätigkeit (satzungsmäßige Aufgaben)
- Wahrnehmung der organschaftlichen Treuepflichten
- Beachtung spezieller gesetzlicher Geschäftsführungsaufgaben
- Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten
- Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer
- Abgleichen strategische Planung für Geschäftsführer mit Zielvorgaben der Gesellschaft
- Einrichtung und Einhaltung Compliance Management Systems



Rechte des Aufsichtsrats

Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen

Inhaber der Rechte (Organ vs. Mitglied)

Inhaber der Rechte

Gesamtorgan

- Aufsichtsrat übertragene Kompetenzen sind grundsätzlich dem Organ Aufsichtsrat zugewiesen
- nur der gesamte Aufsichtsrat kann Rechte geltend machen

z.B.

- Recht zur Einsichtnahme und Prüfung der Geschäftspapiere
- Ausübung der Personalkompetenz (Bestellung, Abberufung der Vorstandsmitglieder etc.)
- Anforderung von Vorstandsberichten
- Beauftragung Sachverständige, Rechtsanwalt

Aufsichtsratsmitglied

- auch das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann Rechte geltend machen

z.B.

- Teilnahmerechte
- Informationsrechte innerhalb des Aufsichtsrats
- Initiativrechte (Einberufung Aufsichtsrat, Recht auf Ergänzung der Tagesordnung)

Aufsichtsrat als Organ und Rechtsrahmen



Rechte einzelner Aufsichtsratsmitglieder

Aufsichtsratsinterne Mitwirkungsbefugnisse:

- Teilnahmerecht an den Sitzungen (Äußerungsrecht zu allen Punkten der Tagesordnung, Stellen von Beschlussanträgen, Abstimmung)
- Anspruch auf Aushändigung oder zumindest Einsichtnahme in die schriftlichen Berichte des Vorstands und die Beschlussvorlagen des Aufsichtsrats
- Recht, die Einberufung von Aufsichtsratssitzungen zu verlangen (notfalls eigenes Einberufungsrecht)
- Anspruch auf Ergänzung der Tagesordnung
- Vetorecht gegen Beschlussfassung ohne förmliche Sitzung
- Aushändigung der Sitzungsprotokolle
- Recht, Erklärungen zu Protokoll abzugeben

Rechte gegenüber anderen Gesellschaftsorganen:

- Anspruch gegen den Vorstand auf Erstattung eines Berichts an den Aufsichtsrat über – im weitesten Sinne – alle Angelegenheiten der Gesellschaft (§ 90 Abs. 3 AktG)
- Recht (und Pflicht) zur Teilnahme an den Hauptversammlungen (nur Äußerungs-, kein Antrags- oder Stimmrecht)

Rechte auf Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung:

- Klage- und Antragsbefugnisse, mit denen das Aufsichtsratsmitglied auf eine ordnungsgemäße Besetzung des Aufsichtsrats und des Vorstands hinwirken kann und sich gegen fehlerhafte Beschlüsse der Aufsichtsrats sowie der Hauptversammlung wenden kann



Pflichten des Aufsichtsrates

Pflichten des Aufsichtsrates



Übersicht

Orientieren sich an den Aufgaben (fakultativ – obligatorisch)

- Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung
- **Verschwiegenheitspflichten**
- Überwachungspflichten
- Mitwirkungs-/Zustimmungspflichten
- Pflichten im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss
- Berichtspflichten
- Beratungspflichten
- Pflicht zur Ergreifung von Maßnahmen bei Pflichtverstößen der Geschäftsführer und Geltendmachung von Ersatzansprüchen

Pflichten des Aufsichtsrates

Maßstab bei der Pflichtausübung

Rechtmäßigkeit

insbesondere Einhaltung wirtschaftsrechtlicher, steuerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Vorschriften sowie der Satzung

Ordnungsmäßigkeit

angemessene Planung, Beachtung betriebswirtschaftlicher Regeln der Organisation unter Berücksichtigung von Größe und Struktur der Gesellschaft

Zweckmäßigkeit/Wirtschaftlichkeit

Sicherung der Lebensfähigkeit der Gesellschaft, insbesondere durch Erhaltung der Liquidität, Stärkung der Ertragskraft und Planung von Investitionen

Pflichten des Aufsichtsrates

Maßstab bei der Pflichtausübung

insbesondere: Sorgfaltsmaßstab

Aufsichtsratsmitglieder haben gem. §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG
alle ihre Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds durchzuführen.

Objektive Betrachtung des Sorgfaltsmaßstabs:

Sorgfaltsmaßstab gilt unabhängig von den individuellen Fähigkeiten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder

- bringt ein Aufsichtsratsmitglied die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nicht mit, so muss es gleichwohl für den objektiven Maßstab eintreten.
- im Einzelfall sogar höhere Sorgfaltsanforderungen aus besonderen individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten
- nur bei unternehmerischen Entscheidungen Reduzierung des Sorgfaltsmaßstabs möglich, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG („Business Judgement Rule“)
 - typischerweise bei Prognoseentscheidungen, bei denen ökonomischer Sinn von zukünftigen Entwicklungen und deren Beurteilung abhängt
 - insbesondere bei strategischen Weichenstellungen oder Personalentscheidungen
 - **Wichtig:** ausreichende Informationsgrundlage!

Pflichten des Aufsichtsrates

Verschwiegenheitspflichten/Informationsprivileg von Gebietskörperschaften

Verschwiegenheit

Verschwiegenheitspflicht

vs.

Auskunftspflicht nach
öffentlichem Recht

Gesellschaftsrecht

vs.

Öffentliches Recht

Haftungsrisiken bei Verstoß:
Strafbarkeit gemäß § 404 AktG, § 85 GmbHG
Schadensersatz gemäß §§ 93 i.V.m. 116 AktG (analog)

Pflichten des Aufsichtsrates

Verschwiegenheitspflichten/Informationsprivileg von Gebietskörperschaften

Rechtliche Grundlage:

- Die Pflicht zur Verschwiegenheit ergibt sich aus §§ 116, 93 Abs. 1 AktG (§ 52 GmbHG).

Geltungsbereich:

- Bezieht sich auf alle Aufsichtsratsmitglieder.
- Nicht auf die Amtszeit beschränkt, Verschwiegenheitspflicht wirkt über die Amtszeit hinaus.

Inhalte:

- **Geheimnisse:** Tatsachen, deren Weitergabe zu Schäden für die Gesellschaft führen würden. Der Begriff ist weit zu verstehen und umfasst auch geäußerte Meinungen und Absichten, zudem muss die Tatsache nicht völlig unbekannt sein. Darunter fallen z.B.: Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, Informationen zur Unternehmens-, Finanz- und Investitionsplanung, Absatzdaten, Kundenlisten, wesentliche Personalentscheidungen, Konstruktionen u.a.m.
- **Vertrauliche Angaben:** Vertrauliche Angaben sind Umstände, deren Bekanntwerden sich für die Gesellschaft nachteilig auswirken kann, auch wenn es sich bei diesen Angaben nicht (mehr) um eine Geheimnis handelt (z.B. Stimmverhalten bzw. Stellungnahmen bei Sitzungen).

Grenzen:

- Keine Verschwiegenheitspflicht bei gesetzlicher Verpflichtung zur Offenlegung (z.B. Jahresabschlussprüfer, Prüfstelle für Rechnungslegung).
- Ebenfalls keine Verschwiegenheit, wenn die Weitergabe von Informationen im Interesse des Unternehmens liegt (z.B. Weitergabe von Informationen an den regulären externen Rechtsanwalt)

Pflichten des Aufsichtsrates

Verschwiegenheitspflichten/Informationsprivileg von Gebietskörperschaften

§ 394 AktG:

„Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Für vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, gilt dies nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist. Die Berichtspflicht nach Satz 1 kann auf Gesetz, auf Satzung oder auf dem Aufsichtsrat in Textform mitgeteiltem Rechtsgeschäft beruhen.“

Zweck der Vorschrift:

- Lockerung der Verschwiegenheitspflicht bei Aufsichtsratsmitgliedern von Gebietskörperschaften
- haushaltsrechtliche Überwachung der Betätigung der Gebietskörperschaften

Pflichten des Aufsichtsrates

Verschwiegenheitspflichten/Informationsprivileg von Gebietskörperschaften

Grenzen der Berichtspflicht:

- § 394 S. 2 AktG: keine Berichtspflicht betreffend vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Berichtsadressat:

- Organisationsrecht der jeweiligen Gebietskörperschaft entscheidend
- Berichtsempfänger muss seinerseits Gewähr für Verschwiegenheitspflicht bieten
- Berichtsempfänger: jedenfalls Bürgermeister und Angehörige des in § 395 Abs. 1 AktG genannten Personenkreises
- Gemeinderat als Organ in seiner Gesamtheit! Fraktionen, einzelne Gemeinderatsmitglieder, einzelne Aktionäre, Presse sind keine Berichtsempfänger im Sinne des § 394 AktG

Aktienrechtsnovelle v. 22.12.2015

In § 394 AktG wurde folgender Satz 3 angefügt:

„Die Berichtspflicht nach Satz 1 kann auf Gesetz, auf Satzung oder auf dem Aufsichtsrat in Textform mitgeteiltem Rechtsgeschäfts beruhen.“

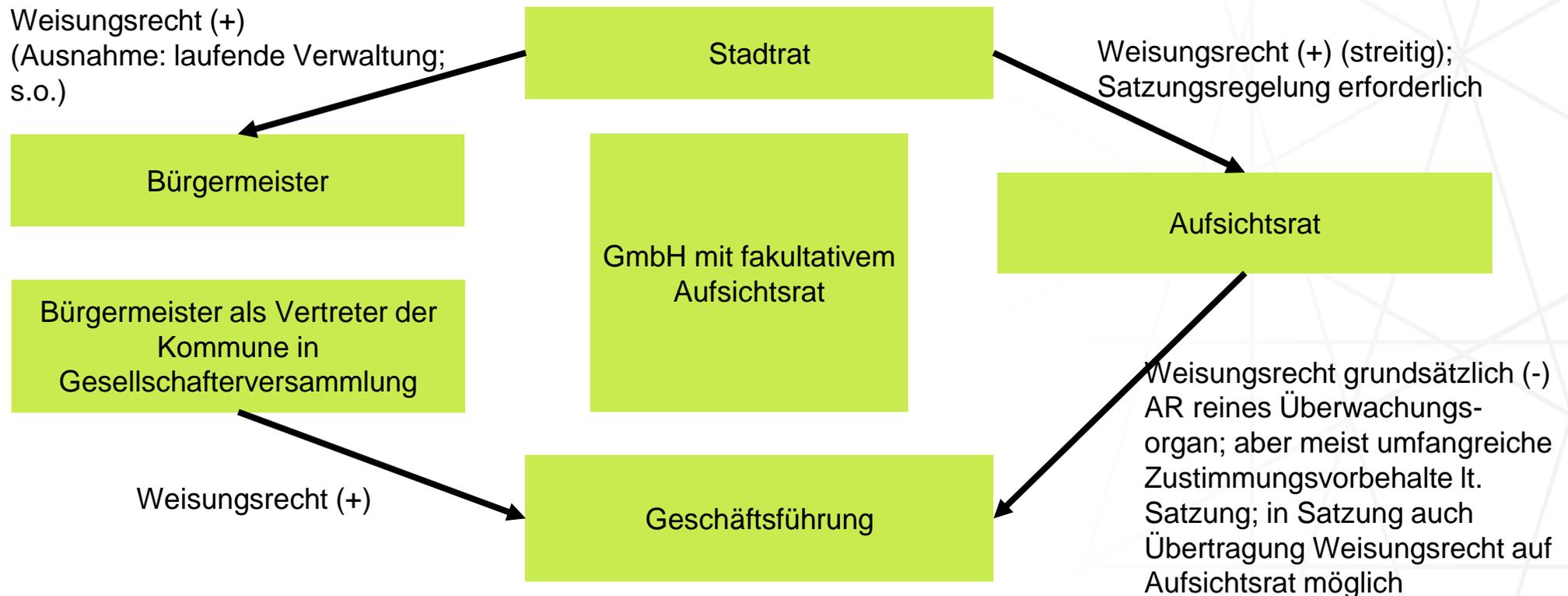
→ Erweiterung, dass Berichtspflicht auch auf Rechtsgeschäft beruhen kann:

- Berichtspflicht kann also auch im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung, eines Auftrags oder einer Nebenabrede mit der Gebietskörperschaft begründet werden.
- **Konkretisierung der Berichtspflicht, bspw. in Satzung, empfehlenswert!**

Pflichten des Aufsichtsrates

Befolgen von Weisungen/Weisungsrecht der Gebietskörperschaft

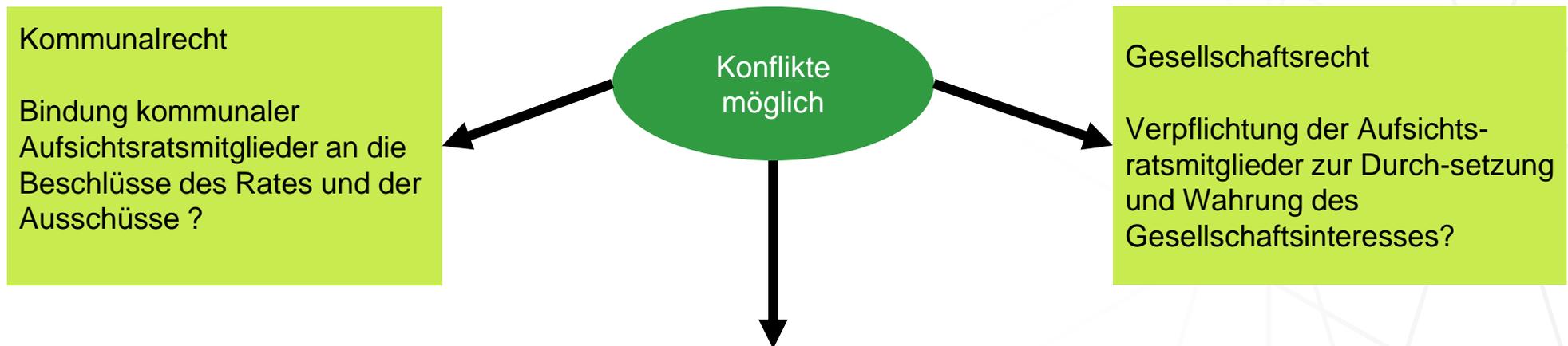
Aufsichtsrat und Kommunalrecht – Konfliktfeld Weisungen



Pflichten des Aufsichtsrates

Befolgen von Weisungen/Weisungsrecht der Gebietskörperschaft

Weisungsrechte des Rates gegenüber dem Aufsichtsrat



Überlagerung des Kommunalrechts durch Gesellschaftsrecht?

Grundsätzlich: Keine Weisungsrechte, es sei denn, das Gesellschaftsinteresse steht nicht entgegen (vgl. Urteil, OLG Düsseldorf v. 29.05.2001, 20 U 152/00);

ABER: De facto jederzeit Abberufungsmöglichkeit durch Gemeindevertretung,
(Rechtsschutzmöglichkeit einzelfallbezogen)

Pflichten des Aufsichtsrates

Befolgen von Weisungen/Weisungsrecht der Gebietskörperschaft

Grundlage

- § 76a Abs. 2 ThürKO: „Die Unternehmenssatzung kann vorsehen, dass der Gemeinderat dem Verwaltungsrat allgemein oder in bestimmten Fällen Weisungen erteilen kann; außerdem kann sie weitere Fälle vorsehen, in denen eine Zustimmung des Gemeinderates erforderlich ist.
- Konflikt mit AktG und Rspr. BGH: „allein Unternehmensinteresse“ verpflichtet

Grenzen

- Bei AG und GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat: kein Weisungsrecht
- Vorrang des Gesellschaftsrechts: Unternehmensinteresse zu beachten
- Vertrauen Dritter auf Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates

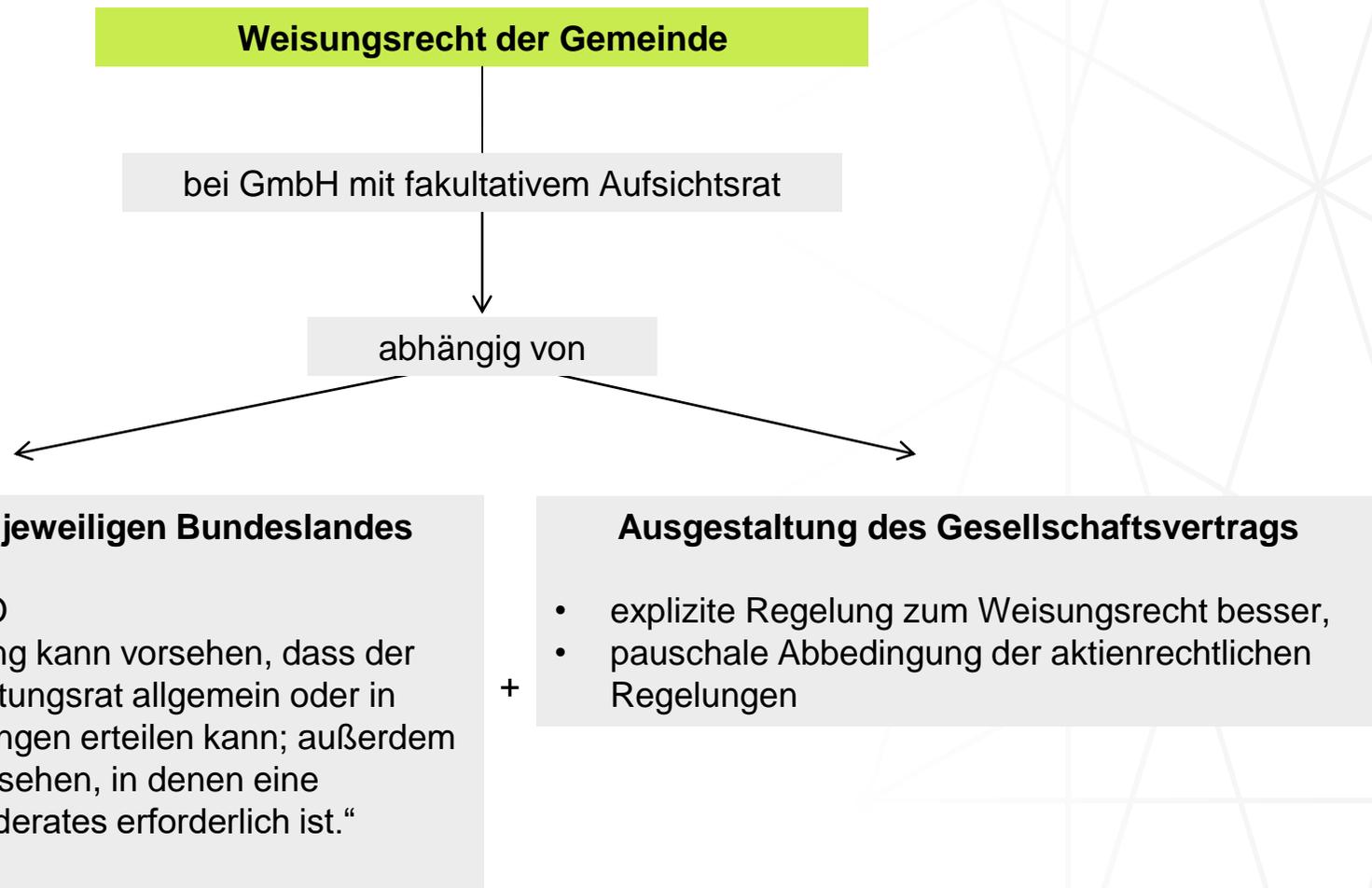
Rechtsfolgen

- Rechtswidrige Weisung entfaltet keine Bindungswirkung
- Abstimmung entgegen Weisung ist wirksam
- Folgen rechtswidrigen Verhaltens des AR-Mitgliedes: Schadensersatzpflicht oder Aufsichtsmaßnahme

Pflichten des Aufsichtsrates

Befolgen von Weisungen/Weisungsrecht der Gebietskörperschaft

Folgen des Urteils des BVerwG:



Pflichten des Aufsichtsrates

Befolgen von Weisungen/Weisungsrecht der Gebietskörperschaft

Steigender Einfluss der Kommunalpolitik auf die Unternehmensführung



**Weisungsbefugnis des Gemeinderats
als oberstes Willensbildungsorgan der Gemeinde**



**Keine Weisungsbefugnis einzelner Fraktionen oder
einzelner Gemeinderatsmitglieder!!!**

Bedeutung des Urteils am Beispiel der Flughafen Nürnberg GmbH:

- Weisungsrechte im Gesellschaftsvertrag nicht explizit geregelt
- keine Abbedingung der aktienrechtlichen Regelungen im Gesellschaftsvertrag
- gemäß § 8 Abs. 8 des Gesellschaftsvertrags gelten die Bestimmungen des AktG, soweit die Satzung keine Regelung enthält

→ **Gesellschaftsvertrag kann unter Zugrundelegung des Urteils des BVerwG nicht dahingehend ausgelegt werden, dass ein Weisungsrecht der Gemeinde gewollt war!**

Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung

Ihr Ansprechpartner



WP/StB

Prof. Dr. Stefan Uebensee

Director

Audit & Advisory

Baker Tilly

Forchheimer Straße 2
90425 Nürnberg

T: +49 911 65069-620

M: +49 172 2057 407

stefan.uebensee@bakertilly.de

[bakertilly.de](https://www.bakertilly.de)

Now, for tomorrow

Follow us:      

Baker Tilly
Eilenburger Straße 1a, 04317 Leipzig
T +49 341 3980-0
info@bakertilly.de
www.bakertilly.de