

[www.pwc.de](http://www.pwc.de)

# *Das Kommunalunternehmen als Rechtsformalternative für die gemeinsame kommunale Aufgabenerledigung*

Konferenz Kommunales  
Infrastruktur-Management

Berlin, 24. Juni 2011

---

# ***Agenda***

Allgemeines

Gemeinsames Kommunalunternehmen und Vergaberecht

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Wettbewerbsvorteil und Beihilfeproblem

Der Weg vom Eigenbetrieb zum Kommunalunternehmen aus steuerlicher Sicht

---

# ***Grundlagen***

Rechtsform der (rechtsfähigen) Anstalt des öffentlichen Rechts

Alternative zu den Rechtsformen des Eigenbetriebes einerseits sowie der GmbH (bzw. AG) andererseits

## **Vorteil gegenüber dem Eigenbetrieb:**

- Freierer Marktauftritt durch rechtliche Selbständigkeit , größerer Abstand zu politischen Entscheidungen

## **Vorteil gegenüber der GmbH:**

- Möglichkeit, öffentlich-rechtlich zu handeln, insbesondere durch Verwaltungsakte
- Anschluss- und Benutzungszwang möglich
- Das KU hat steuerlich weiterhin einen Hoheitsbereich, d.h. Umsätze sind weiterhin nicht umsatzsteuerbar

---

## ***Grundlagen***

Rechtlich selbständiges Sondervermögen, in der Trägerschaft der juristischen Person des öffentlichen Rechts, zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Zweck)

### **Anstaltslast**

Verpflichtung, seine Anstalt mit den zur Aufgabenerfüllung nötigen finanziellen Mittel auszustatten und so für die Dauer des Bestehens funktionsfähig zu halten

### **Gewährträgerhaftung**

Subsidiäre Haftung des Trägers für den Fall, dass deren Vermögen für die Forderungen der Gläubiger nicht ausreicht

---

# ***Grundlagen***

## **Organe** des Kommunalunternehmens

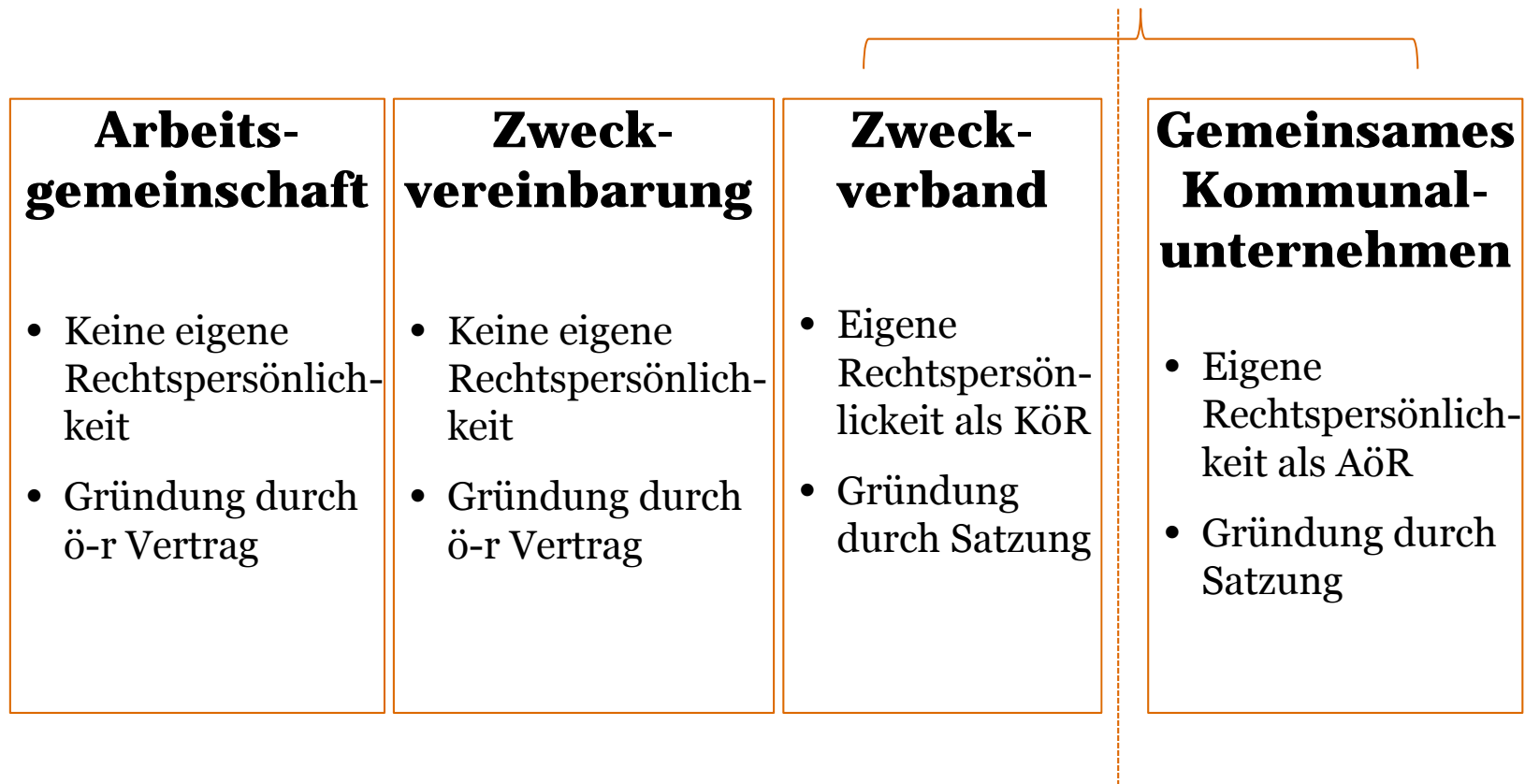
- Vorstand
- Verwaltungsrat (Vorsitz in der Regel durch den 1. Bürgermeister, Verwaltungsratsmitglieder Mitglieder des Gemeinderats)

**Bundesländer**, in denen die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts für Kommunen zugelassen ist:

Freistaat Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein

Brandenburg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz (nicht unter der Bezeichnung “Kommunalunternehmen”)

# ***Formen interkommunaler Zusammenarbeit***



---

# ***Das Gemeinsame Kommunalunternehmen***

## **Zulässigkeit der Beteiligung Privater**

- Grundsätzlich Beteiligung privater Dritter denkbar (analog Zweckverband)
- Aber mehrheitliche kommunale Beteiligung erforderlich

## **Zulässigkeit grenzüberschreitender gemeinsamer KU**

- Kommunen verschiedener Bundesländer: zulässig bei Regelung durch Staatsvertrag
- Kommunen verschiedener Staaten: bei Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 GG völkerrechtlicher Vertrag notwendig (z. B. Karlsruher Übereinkommen); EVTZ als Rechtsformalternative (VO (EG) 1082/2006)

---

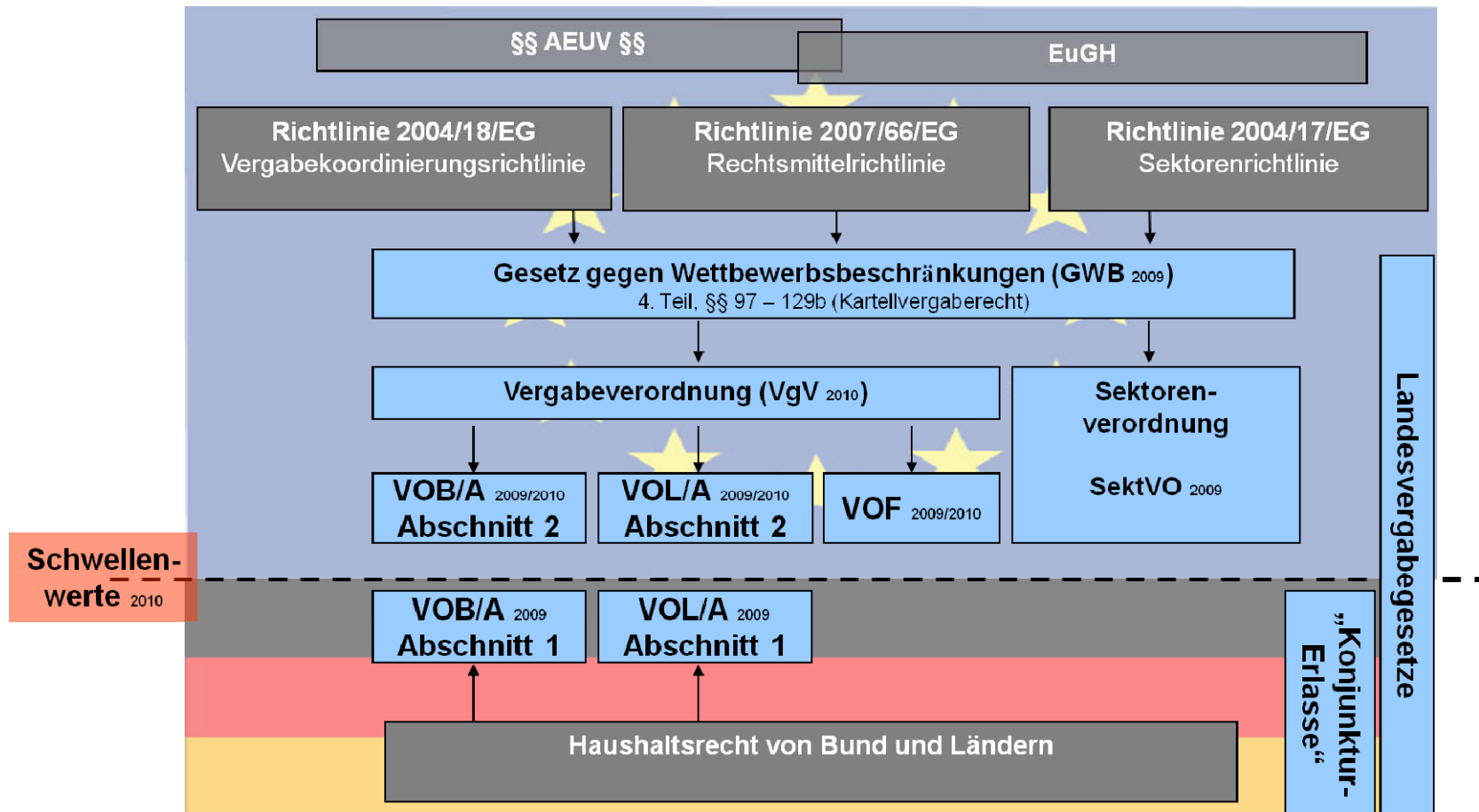
# ***Gemeinsames Kommunalunternehmen und Vergaberecht***

## **Ausschreibungspflicht der Gründung eines gemeinsamen KU**

- Gründung, Aufgaben- und Befugnisübertragung als organisatorischer Akt grundsätzlich kein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 GWB
- Unterscheidung nach Rechtsprechung zwischen
  - Mandatierung (Aufgabenübertragung): Vergabepflicht (+)
  - Delegation (Kompetenzverlagerung): Vergabepflicht (-)
- EuGH „Stadtreinigung Hamburg“:
  - Kooperation ermöglicht *gemeinsame* Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aller Kommunen
  - Entgelte als reine Kostenerstattung
  - Keine private Beteiligung



# Gemeinsames Kommunalunternehmen und Vergaberecht



# ***Gemeinsames Kommunalunternehmen und Vergaberecht***

## **Vergabepflicht des Kommunalunternehmens**

- Im Oberschwellenbereich
  - Gemeinsames KU als öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Abs. 2 GWB
  - Kein Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB, da nur jP des pR
- Im Unterschwellenbereich
  - Länderspezifische Ausgestaltung des kommunalen Haushaltsrechts:
    - **Bayern:** keine Vergabepflicht; § 123 I GO i.V.m. § 31 KommHV gilt nur für Kommunen und Eigenbetriebe
    - **Nordrhein-Westfalen:** § 8 S. 1 KUV NRW verpflichtet zur Anwendung der VOL/A und VOL/B bei Erfüllung hoheitlicher Aufgaben (z.B. Wasser/Abwasser)
    - **Rheinland-Pfalz:** Vergabepflicht nach § 39 EigAnVO i.V.m. § 31 GemHVO
    - **Sachsen Anhalt** und **Niedersachsen:** keine Vergabepflicht
    - **Schleswig Holstein:** Vergabepflicht über § 14 II MFG

---

# ***Gemeinsames Kommunalunternehmen und Vergaberecht***

## **Inhousefähigkeit des gemeinsamen KU**

- Teckalkkriterien:
  - Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle = Alleinbesitz und umfassender Einfluss und Steuerungsmöglichkeiten (+); gemeinsame Beherrschung unschädlich (EuGH v. 19.4.2007 - C 295/05 „Asemfo“)
  - Tätigkeit im Wesentlichen für den öAG: Kausalitätsbetrachtung (OLG Hamburg v. 14.12.2010 - 1 Verg 5/10)
    - › Gemeinsames KU grundsätzlich für Inhouse-Lösungen geeignet

## **Beteiligung als Wettbewerber am Markt**

- eA OLG Celle: fehlende Insolvenzfähigkeit führt zu ungerechtfertigtem Wettbewerbsvorteil und Ungleichbehandlung
- AA OLG Dresden: Kein Ausschluss ohne entsprechende Regelung

---

# ***Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Wettbewerbsvorteil und Beihilfeproblem***

## **Wettbewerbsvorteile durch öffentlich-rechtliche Rechtsform**

Rechtsform der Anstalt d. öR bringt Haftungsprivilegien, die zu Zinsvorteilen bei der Refinanzierung führen

- Anstaltslast der Trägerkommunen
  - Verpflichtung im Innenverhältnis zur Sicherung der wirtschaftlichen Basis, Erhaltung der Funktionsfähigkeit und zum Unterbilanzausgleich
- Gewährträgerhaftung
  - Subsidiäre Haftung der Trägerkommunen für Verbindlichkeiten des gemeinsamen KU im Außenverhältnis

---

# ***Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Wettbewerbsvorteil und Beihilfeproblem***

## **Haftungsprivilegien als unzulässige Beihilfe**

- Bürgschaftsmittelteilung (2008/C 155/02):

*Zeitlich und vom Umfang unbegrenzte staatliche Garantien sowie günstigere Finanzierungsbedingungen für Unternehmen, deren Rechtsform einen Konkurs oder andere Insolvenzverfahren ausschließt oder dem Unternehmen eine ausdrückliche staatliche Garantie oder Verlustübernahme durch den Staat verschafft, sind Beihilfen*

- EU-Kommission zu Sparkassen und öffentlichen Banken:

*Gewährträgerhaftung = Bürgschaft, die als staatliche Beihilfe im Sinne des EG-Vertrages anzusehen ist, weil die Maßnahmen auf staatlichen Ressourcen beruhen, bestimmte Gruppen von Unternehmen bevorzugen, den Wettbewerb verfälschen und den Handel in der Gemeinschaft beeinträchtigen. (IP/01/665 vom 8. Mai 2001)*

---

# ***Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Wettbewerbsvorteil und Beihilfeproblem***

## **Folgen für das gemeinsame Kommunalunternehmen**

- Verständigungslösung im Sparkassenfall

*Der Einsatz von beihilferelevanten Vorteilen für die Durchführung von Aufgaben im staatlichen Auftrag in Förderbereichen wie z.B. Mittelstands-, Infrastruktur-, Umweltschutzfinanzierungen, Wohnungswirtschaft ist zulässig.*

› *Im Übrigen Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Sparkassensektor und Einführung der Insolvenzfähigkeit*

- Weitere Lösungsansätze
  - Freistellungsmöglichkeit nach Art 106 Abs. 2 AEUV  
=> Betrauungslösung
  - Fehlende Wettbewerbsverfälschung wg. lokalem Charakter
  - Wegfall der Gewährträgerhaftung (z. B. in Schleswig-Holstein)

---

# ***Der Weg vom Eigenbetrieb ins Kommunalunternehmen aus steuerlicher Sicht***

## **Wichtige rechtliche Schritte**

- Beschluss der Unternehmenssatzung durch den Gemeinderat
- Beschluss über die Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern
- Bekanntmachung der Satzung im Amtsblatt
- Befassung der Aufsichtsbehörden (je nach Landesrecht)
- Anmeldung zum Handelsregister
- Anpassung der Wasser- und Abwassersatzungen hinsichtlich Anschluss- und Benutzungszwang
- Personalüberleitung:
  - Beamte: Dienstherrnwechsel bzw. Zuweisung
  - Angestellte: durch Gesamtrechtsnachfolge; aber:  
Personalüberleitungsvertrag mit Personalrat empfohlen

---

# ***Der Weg vom Eigenbetrieb ins Kommunalunternehmen aus steuerlicher Sicht***

## **Steuerliche Fragestellungen**

Umwandlung des Eigenbetriebs erfolgt nach Landesrecht, im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge**

Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist die steuerneutrale Übertragung der Rechtsgüter in analoger Anwendung des UmwStG möglich (OFD Hannover, 27.11.2009, DB 2010, 477)

BFH – Urteil vom 12.1.2011, Az. I R 112/09:

- Keine unmittelbare Geltung des UmwG/UmwStG, insbesondere keine Verschmelzung oder Spaltung
- analoge Anwendung des Achten und Neunten Teils des UmwStG 2002 nicht ausgeschlossen, d.h. (zivilrechtlich) Ausgliederung und (steuerlich) Einbringung



# ***Der Weg vom Eigenbetrieb ins Kommunalunternehmen aus steuerlicher Sicht***

## **Steuerliche Fragestellungen (2)**

Nach oben genannten BFH-Urteil gehen bestehende Verlustvorträge **nicht** über -> Ansatz zum gemeinen Wert bzw. Zwischenwert zu überdenken

Grunderwerbsteuerpflicht nicht im Hoheitsbereich, im wirtschaftlichen Bereich Anwendung des § 6a GrErwStG möglich (?)

Umsatzsteuer: keine Rückwirkung, d.h. bis zum Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge existiert der Eigenbetrieb weiter.

Ausschüttungsfiktion des § 20 Abs. 1 Nr. 10b EStG -> Kapitalertragsteuerpflicht für Eigenkapital abzüglich Stammkapital und steuerliches Einlagekonto

**Fazit:** Vielzahl von offenen Fragestellungen, daher Einholung einer verbindlichen Auskunft des zuständigen Finanzamts dringend empfohlen!

---

# ***Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!***



Christoph Donhauser  
Rechtsanwalt, Dipl.-Verwaltungswirt (FH)  
PricewaterhouseCoopers Legal AG  
Rechtsanwaltsgesellschaft, München

Tel: +49 89 5790-6234  
christoph.donhauser@de.pwc.com



Carola Menneken  
Rechtsanwältin und Steuerberaterin  
PricewaterhouseCoopers Legal AG  
Rechtsanwaltsgesellschaft, München

Tel: +49 89 5790-6124  
carola.menneken@de.pwc.com