

## Zusammenfassung der Prüfungsergebnisse der Machbarkeitsstudie:

### Zukünftige Organisationsformen zum Betrieb der städtischen Bäder in Münster

Die wesentlichen Ergebnisse der Präsentation der Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (EY WPG) und der Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Steuerberatungsgesellschaft (EY LAW) vom 08. August 2016 im Stadtweinhaus in Münster lassen sich wie folgt zusammenfassen:

#### 1) Betrieb der städtischen Bäder durch eine kommunale Anstalt öffentlichen Rechts

##### a) Rechtliche Implikationen (EY LAW)

Die rechtlichen Rahmenbedingungen einer kommunalen Anstalt öffentlichen Rechts ergeben sich im Wesentlichen aus § 114a GO NRW und der Kommunalunternehmensverordnung NRW (KUV NRW). Der Betrieb von städtischen Bädern wird in NRW etwa in Bornheim, Schwalmatal und Moers jeweils durch eine kommunale Anstalt öffentlichen Rechts durchgeführt, so dass eine entsprechende Aufgabenübertragung zum Betrieb von kommunalen Bädern in der Rechtspraxis von NRW grundsätzlich anerkannt ist. Eine entsprechende vollständige Aufgabenübertragung zum Betrieb der Bäder (mit oder ohne Übertragung des jeweiligen Grundeigentums) oder ein bloßer Einsatz der kommunalen AöR als Erfüllungsgehilfe ohne originäre Aufgabenübertragung von der Kommune an die kommunale AöR erscheint dabei grundsätzlich gestaltbar.

Vorteile der Organisationsform einer kommunalen Anstalt öffentlichen Rechts sind insbesondere die wirtschaftliche und organisatorische Verselbstständigung der entsprechenden kommunalen Leistungsverwaltung / Daseinsvorsorge in einem eigenen Rechtsträger, der hoheitlich und privatrechtlich handeln kann und auch zukünftig flexibel mit weiteren (öffentlich-rechtlichen) Aufgaben ausgestattet werden könnte. Neben der Aufbringung des angemessenen Stammkapitals (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 KUV NRW) ist der originäre finanzielle Gründungsaufwand gering. Die Satzung und Corporate Governance können im Rahmen der Vorgaben aus der GO NRW und KUV NRW, die als Organe der AöR einen Vorstand und Verwaltungsrat vorsehen, relativ flexibel ausgestaltet werden. Die kommunale Anstalt öffentlichen Rechts kann als selbstständiger öffentlich-rechtlicher Rechtsträger Arbeitgeber und - bei Ausübung hoheitlicher Befugnisse (vgl. § 114a Abs. 9 GO NRW) - Dienstherr von Beamtinnen und Beamten sein. Es gilt grundsätzlich das Landespersonalvertretungsgesetz.

Erheblicher Nachteil der Organisationsform der kommunalen AöR ist allerdings, dass für die AöR Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der Trägerkommune aufgrund landesrechtlicher Vorgaben obligatorisch sind (vgl. § 9 Abs. 1 und 2 KUV NRW / § 114a Abs. 5 GO NRW). Insbesondere die Gewährträgerhaftung ist aber nach Ansicht der EU-Kommission mit dem Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht vereinbar. Die Kommission sieht in der Gewährträgerhaftung eine unbegrenzte Bürgschaft, durch die das Insolvenzrisiko bezüglich des begünstigten Unternehmens ausgeschlossen wird, so dass das Unternehmen sich am Markt zu weit günstigeren Bedingungen refinanzieren kann als seine Wettbewerber. Eine beihilfenrechtskonforme Gewährung einer Bürgschaft oder sonstigen Garantie durch die



öffentliche Hand setzt nach der Bürgschaftsmitteilung der EU-Kommission voraus, dass das Unternehmen hierfür eine marktübliche Avalprovision entrichtet. Im Fall einer unbeschränkten Bürgschaft, die potenziell die gesamte Schuldenlast des Unternehmens auf unbestimmte Zeit decken kann, kann nach der Entscheidungspraxis der EU-Kommission jedoch die Höhe der Beihilfe zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme nicht bestimmt und somit auch keine angemessene marktübliche Prämie ermittelt werden. Die Ausstattung der AöR mit der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung ohne vorherige Notifikation bei der EU-Kommission ist daher mit Rechtsunsicherheiten verbunden. Grundsätzlich müssen Beihilfen, die einem Unternehmen unter Verstoß gegen das Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt worden sind, einschließlich der Zinsen zurückgewährt werden. Nach der Rechtsprechung des BGH können außerdem Verträge, die auf dem beihilferechtswidrigen Vorteil beruhen, als nichtig anzusehen sein.

Ferner ergeben sich aufgrund der derzeitigen Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AUG) Rechtsunsicherheiten, ob eine (dauerhafte) Personalgestellung von einer Kommune an eine kommunale Anstalt öffentlichen Rechts zukünftig möglich sein wird, soweit man eine Überleitung der entsprechenden Angestellten nicht bevorzugen sollte.

#### **b) Steuerliche Implikationen (EY TAX)**

Die steuerlichen Implikationen hängen davon ab, wie die AöR ausgestaltet wird. Denkbar wären grundsätzlich die folgenden Ausgestaltungen:

- ▶ Vollständige Übertragung des BgA Bäder auf die AöR durch Satzungsregelung, Einnahmen aus Bäderbetrieb bei der AöR.
- ▶ „Verpachtung“ des gesamten BgA Bäder (Wirtschaftsgüter, Personal, usw.) an die AöR durch Satzungsregelung, Einnahmen aus Bäderbetrieb bei der AöR
- ▶ Betriebsführung der AöR für die Stadt Münster/ den BgA Bäder durch Satzungsregelung, ggf. Überlassung der Mitarbeiter, Einnahmen aus Bäderbetrieb bei der Stadt

#### **Vollständige Übertragung**

Eine vollständige Übertragung des BgA Bäder auf eine AöR ist steuerlich nachteilig, da dies zur Entstehung einer erheblichen Transaktionsbesteuerung (Aufdeckung und Versteuerung stiller Reserven, insbesondere in den Anteilen an der SWM, sowie Grunderwerbsteuer) führt. Auch mit Bezug auf die laufende Besteuerung ist diese Gestaltung nachteilig, da der bisher bestehende Kapitalertragsteuer-Vorteil (durch Verrechnung der erhaltenen Gewinnausschüttung der SWM im BgA Bäder mit den laufenden Bäderverlusten) nicht mehr erreicht werden kann.

#### **Verpachtung**

Auch bei einer Verpachtungs-Lösung besteht der Nachteil, dass der bestehende Kapitalertragsteuer-Vorteil nicht mehr erreicht werden kann. Bezüglich einer möglichen Transaktionsbesteuerung (Aufdeckung und Versteuerung stiller Reserven, insbesondere in



den Anteilen an der SWM) müsste in jedem Fall eine Abstimmung mit der Finanzverwaltung erfolgen.

### **Betriebsführung**

Bei einer Ausgestaltung als Betriebsführung kann jedoch der steuerliche Status Quo erreicht werden. Eine Transaktionsbesteuerung sollte nicht entstehen. Wir empfehlen jedoch, einige Einzelfragen mit der Finanzverwaltung abzustimmen (verbindliche Auskunft).

In allen Varianten muss der Dienstleistungsvertrag dem Fremdvergleich standhalten.

## **2) Betrieb der städtischen Bäder durch einen städtischen Eigenbetrieb**

### **a) Rechtliche Implikationen (EY LAW)**

Die rechtlichen Rahmenbedingungen zum kommunalen Eigenbetrieb sind in § 114 GO NRW und in der Eigenbetriebsverordnung (EigVO NRW) gesetzlich kodifiziert. Der kommunale Eigenbetrieb ist ein Sondervermögen der jeweiligen Kommune, das innerhalb der Gebietskörperschaft durch eine eigenständige Wirtschaftsführung und Leitung eine gewisse organisatorische und wirtschaftliche Verselbstständigung erfährt, ohne jedoch im Außenverhältnis ein eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Der Betrieb städtischer Bäder durch kommunale Eigenbetriebe bzw. eigenbetriebsähnliche Einrichtungen (vgl. § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW) wird in NRW beispielsweise in Rommerskirchen praktiziert und ist mithin in der kommunalen Rechtspraxis in NRW anerkannt und prinzipiell gestaltbar.

Vorteilhaft ist, dass Mittelzuführungen aus dem städtischen Haushalt, z.B. zum Ausgleich der strukturellen Defizite des Eigenbetriebs, beihilferechtskonform ausgestaltet werden können. Auf der Grundlage des sog. Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission (2012/21/EU) können Unternehmen, die Tätigkeiten im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. DawI) erbringen, von der öffentlichen Hand einen Ausgleich für die damit verbundenen gemeinwohlbezogenen Verpflichtungen erhalten. Voraussetzung ist, dass eine Betrauung nach Maßgabe des Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission vorliegt. Eine Betrauung ist ein verbindlicher schriftlicher Rechtsakt, der insbesondere die durch das Unternehmen zu erbringenden Gemeinwohlverpflichtungen benennt und Regelungen zu den Parametern für die Bestimmung der Ausgleichsleistung und zur Vermeidung einer Überkompensation (vgl. Art. 4 des Freistellungsbeschlusses) enthält. Auf der Grundlage eines solchen Betrauungsaktes - in Form eines internen Organisationsaktes der Stadt gegenüber dem Eigenbetrieb - kann die Stadt eine beihilfenrechtskonforme Finanzierung des Eigenbetriebes vornehmen. Weiterer Vorteil der Organisationsform des Eigenbetriebs ist, dass Eigenbetriebe durch den Runderlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales - 34-48.07.01/01-169/12 - vom 6.12.2012 über die Vergabegrundsätze für Gemeinden von der Anwendung des nationalen Vergaberechts bei Vergaben im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte freigestellt sind.



Zwischen der Stadt Münster und der Stadtwerke Münster GmbH können Direktvergaben, z.B. über einen Dienstleistungsvertrag für den städtischen Eigenbetrieb (Bäder), erfolgen, sofern die Voraussetzungen des vergabefreien Inhousegeschäfts gem. § 108 Abs. 1 GWB erfüllt werden. Die in diesem Zusammenhang erforderliche Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums setzt voraus, dass das Unternehmen seine Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Auftraggeber (hier: Stadt Münster) ausübt. Nach dem Gesetz darf eine Grenze von max. 20 % Drittgeschäft mit Privaten nicht überschritten werden. Bei Mehrspartenunternehmen sind sämtliche Umsätze zu berücksichtigen, nicht nur die Umsätze der betroffenen Sparte. Nach der in diesem Zusammenhang vereinzelt ergangenen Rechtsprechung nationaler Gerichte (vgl. OLG Hamburg, Beschluss v. 14.12.2011, 1 Verg 5/10) sollen Umsätze im Energiebereich - entgegen der Auffassung einiger Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur - als inhouse-schädliche Drittumsätze gelten, da der Energiemarkt vollständig liberalisiert ist. Für den Fall, dass sich in Zukunft weitere nationale Gerichte bzw. auch der EuGH dieser Ansicht anschließen, was bisher nicht der Fall ist, kann überlegt werden, vorsorglich ein anderes inhousefähiges verbundenes Unternehmen der Stadtwerke Münster GmbH als Auftragnehmer und Vertragspartner der Stadt Münster im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages vorzusehen.

Erhebliche Vorteile des kommunalen Eigenbetriebes sind darüber hinaus der geringe finanzielle und organisatorische Gründungsaufwand und das fehlende Erfordernis, Arbeitnehmer und Vermögen von der Kommune auf den Eigenbetrieb zivilrechtlich überzuleiten bzw. zu übertragen, da der kommunale Eigenbetrieb rechtlich ein Teil der Kommune bleibt. Das Landespersonalvertretungsgesetz bleibt anwendbar. Daneben stellt die Schaffung eines Eigenbetriebs eine optimale organisationsrechtliche Ausgangsstruktur dar, um diesen möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt in eine Anstalt öffentlichen Rechts (vgl. § 114a Abs. 1 2. Alt GO NRW) bzw. eine kommunale GmbH (§§ 123 Abs. 3, 168 ff UmwG) umzuwandeln und das entsprechende Vermögen dann im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge überzuleiten. Angelehnt an ein Wirtschaftsunternehmen erfolgt die operative und wirtschaftliche Führung des Eigenbetriebs grundsätzlich durch die Betriebsleitung als Leitungsorgan des Sondervermögens. Vorteilhaft ist ferner, dass die Organisationsform der Stadt Münster aufgrund bestehender Eigenbetriebe / eigenbetriebsähnlicher Einrichtungen bereits bekannt ist.

#### **b) Steuerliche Implikationen (EY TAX)**

Die Eigenbetriebs-Lösung hat den Vorteil, dass diese zu keiner Veränderung des BgA führen sollte. Das heißt, dass der Status Quo erreicht werden kann und auch keine Transaktionssteuerbelastung ausgelöst wird. Hier kann ggf. eine informelle Abstimmung erfolgen.

Der Dienstleistungsvertrag muss dem Fremdvergleich standhalten.

#### **3) Gründung einer Bädermanagement-GmbH**

##### **a) Rechtliche Implikationen (EY LAW)**

Der rechtliche Rahmen der kommunalen GmbH ergibt sich im Wesentlichen aus den einschlägigen Vorschriften des Handels- und Gesellschaftsrechts (insb. des GmbHG) und

den einschlägigen Regelungen zur kommunalrechtlichen Organisationsprivatisierung in §§ 108 ff. GO NRW. Die GmbH ist eine selbstständige juristische Person des Privatrechts, bei der für Verbindlichkeiten grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen haftet (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG). Die Kommune kann (Allein-)Gesellschafter einer GmbH sein. Die einschlägigen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften sind strikt einzuhalten (vgl. etwa §§ 14, 19, 30, 31 GmbHG). Beispiele für kommunale Bädermanagement-Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH sind in NRW etwa in Iserlohn und Düsseldorf zu finden und mithin in der kommunalen Rechtspraxis anerkannt und gestaltbar. Zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Kommune und der kommunalen Bädermanagement-GmbH bietet sich der Abschluss eines entsprechenden Betriebsführungsvertrages an – je nachdem wie der zukünftige Betrieb der kommunalen Bäder ausgestaltet sein soll. Auch bei einer Bädermanagement-GmbH ist der Ausgleich von Defiziten durch die Stadt beihilferechtskonform durch eine Betrauung auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission gestaltbar. Außerdem ist auch eine kommunale GmbH im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht verpflichtet, das nationale Vergaberecht anzuwenden. Bezüglich der Voraussetzungen der Direktvergabe eines Dienstleistungsvertrages an die Stadtwerke Münster GmbH gelten die oben für den Eigenbetrieb gemachten Ausführungen entsprechend.

Erheblicher Nachteil einer kommunalen Bädermanagement-GmbH ist der vergleichbar hohe Gründungsaufwand, da der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden muss (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) und die GmbH in das Handelsregister einzutragen ist (vgl. § 7 Abs. 1 GmbHG). Weitere (Notar-)Kosten würden anfallen, wenn die Bädermanagement-GmbH durch Abtretung der Geschäftsanteile an ihr in eine kommunale Holdingstruktur eingebunden würde (vgl. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG). Daneben wäre auch hier zu überlegen, wie und ob für den Betrieb der Bädermanagement-GmbH Vermögen übertragen bzw. Arbeitnehmer auf die kommunale GmbH überzuleiten sind, da es sich – wie bei der kommunalen AöR – um einen verselbstständigten Rechtsträger handelt. Vor dem Hintergrund der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes könnte es zukünftig nach Abschluss des Reformvorhabens des AÜG rechtlich unzulässig sein, Arbeitnehmer der Kommune dauerhaft (d.h. mehr als 18 Monate) an eine kommunale Bädermanagement-GmbH zu überlassen. Schon nach jetziger Rechtslage ist die dauerhafte Personalgestellung rechtlich problematisch, was sich nach dem Abschluss der Reform des AÜG nach aktuellem Stand noch verschärfen wird. Dies wäre bei der Gründung einer kommunalen Bädermanagement-GmbH zu berücksichtigen, da dann zur Ausstattung der Bädermanagement-GmbH mit Personal ggfls. nur eine Überleitung von Arbeitnehmern auf die kommunale GmbH in Betracht kommt.

#### **b) Steuerliche Implikationen (EY TAX)**

Analog zur AöR-Lösung wären hier grundsätzlich drei Gestaltungsvarianten (Übertragung, Verpachtung oder Betriebsführung) denkbar. Eine Übertragung bzw. Verpachtung wurde bereits in der Vergangenheit geprüft, deswegen beschränken wir uns an dieser Stelle ausschließlich auf die Betriebsführung.

Die Ausgestaltung als Betriebsführung hat den Vorteil, dass der steuerliche Status Quo erreicht werden kann. Eine Transaktionsbesteuerung sollte nicht entstehen. Wir empfehlen, einige Einzelfragen mit der Finanzverwaltung abzustimmen (verbindliche Auskunft).



Für weitere Details der unterschiedlichen relevanten Organisationsformen für einen zukünftigen Betrieb der städtischen Bäder der Stadt Münster (kommunale AöR, kommunaler Eigenbetrieb, kommunale Bädermanagement-GmbH) verweisen wir auf die in der Anlage beigefügte EY-Präsentation vom 08. August 2016.

Bei Anmerkungen und / oder Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ernst & Young GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Gabriele Kirchhof  
Partnerin

ppa. Daniela Maus  
Senior Manager

Ernst & Young Law GmbH  
Rechtsanwalts-gesellschaft  
Steuerberatungsgesellschaft

Dr. Maximilian Koch  
Rechtsanwalt, Partner

Susanne Müller-Kabisch  
Rechtsanwältin

Dr. Andreas Gerards  
Rechtsanwalt

**Anlage – EY Präsentation vom 08. August 2016**