Gewährung von Darlehen durch die Gemeinde

Grundsatz: Verbot der Bankgeschäfte 1

Ausnahme: Gewährung von Darlehen durch die Gemeinde an kommunale Unternehmen 3

- **Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich unselbständigen) Eigenbetrieben** 3
- **Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich selbständigen) Eigengesellschaften (Gemeinde ist alleinige Gesellschafterin)** 3
- **Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich selbständigen) Beteiligungsgesellschaften** 3
  - **a) Gemeinde ist Mehrheitsgesellschafterin** 3
  - **b) Gemeinde ist Minderheitsgesellschafterin** 3

EU-Beihilfenrecht 4

Fazit: Gewährung eines Darlehens der Gemeinde Pullach i. Isartal an die IEP GmbH 5

Grundsatz: Verbot der Bankgeschäfte

Gemeinden dürfen Bankunternehmen weder errichten noch sich an Bankunternehmen beteiligen (Art. 87 Abs. 4 Satz 1 GO)

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG sind Kreditinstitute Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder - wenn das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nicht erfüllt wird - in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Unternehmensbegriff ist funktional zu verstehen; auf die Rechtsform, in der Bankgeschäfte betrieben werden, kommt es nicht an. Deshalb fallen auch Gemeinden unter den Unternehmensbegriff des KWG. Zu den Bankgeschäften rechnen auch die erwähnten Geldanlagen bzw. -aufnahmen (Kreditgeschäft, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG)

Bankgeschäfte werden gewerbsmäßig betrieben, wenn sie auf eine gewisse Dauer angelegt sind und der Betreiber mit der Absicht der Gewinnerzielung handelt. Zinslose Darlehen schließen die Gewerbsmäßigkeit aus (Schreiben des Bundesamtes für das Kreditwesen vom 26.10.2000 - VII 6 - 71.30 (5976) - wald), kommen aber ohne-

hin im Hinblick auf Art. 74 Abs. 2 Satz 2 GO, wonach Geldanlagen einen angemessenen Ertrag abwerfen sollen, grundsätzlich nicht in Betracht.
Andererseits bewegt sich die Betätigung immer noch im Rahmen einer Vermögensverwaltung, wenn die Fruchtziehung - z.B. laufende Erträge aus vorhandenem Vermögen - im Vordergrund steht und die Ausnutzung von Wertsteigerungen durch Umschichtung - z.B. Veräußerung der Einkunftsquelle - von eher untergeordneter Bedeutung ist. Entscheidend für die Grenzziehung zwischen reiner Vermögensverwaltung und wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb sind das Gesamtbild der Verhältnisse sowie die Verkehrsanschauung.

Der Umfang der Bankgeschäfte, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist nach der Verwaltungspraxis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht beim alleinigen Betreiben eines Kreditgeschäfts im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG in der Regel erreicht bei
- mehr als 100 Darlehen
oder
- bei einem Gesamtdarlehensvolumen von über 500.000,00 € bei mindestens 21 Darlehen.

Wie oben ausgeführt, sind diese Regelgrenzen jedoch nur von Bedeutung, wenn die Geschäfte nicht ohnehin gewerbsmäßig betrieben werden.

Kreditgeschäfte, die gewerbsmäßig betrieben werden oder die Bagatellgrenze überschreiten, sind nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG genehmigungspflichtig, aber nach Art. 87 Abs. 4 Satz 1 GO unzulässig. Ein Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ist eine Straftat, die mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedroht ist (vgl. § 54 KWG).

Ergänzung:
Nach Reischauer/Kleinhans, Kreditwesengesetz (KWG), Anm. 67 zu § 1 KWG sind Gesellschafterdarlehen nach einer wirtschaftlich ausgerichteten Auslegung von § 1 KWG dann keine Kreditgeschäfte, wenn sie der Anlage eigener Mittel dienen.

Ausnahme: Gewährung von Darlehen durch die Gemeinde an kommunale Unternehmen

Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich unselbständigen) Eigenbetrieben

Das Konzernprivileg (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG) ist anwendbar, weil die rechtlich unselbständigen Eigenbetriebe dem beherrschenden Einfluss ihrer Trägerkommune unterliegen.

Ergebnis: Eine bankrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich.

Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich selbständigen) Eigengesellschaften (Gemeinde ist alleinige Gesellschafterin)

Das Konzernprivileg (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG) ist anwendbar. Gemeinde und Eigengesellschaft sind als Mutter- und Tochterunternehmen i.S. dieser Vorschrift anzusehen. Mutterunternehmen sind danach Unternehmen, die als Mutterunternehmen i.S. des § 290 HGB gelten oder die einen beherrschenden Einfluss ausüben (können). Ob nach den Grundsätzen des Konzernbilanzrechts Mutter-/Tochterunternehmen vorliegen oder ein beherrschender Einfluss tatsächlich ausgeübt wird, ist im Einzelfall anhand der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen zu prüfen. In der Regel kann aber vom Vorliegen des Konzernprivilegs ausgegangen werden.

Ergebnis: Eine bankrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich.

Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich selbständigen) Beteiligungsgesellschaften

a) Gemeinde ist Mehrheitsgesellschafterin

Es gilt dasselbe wie bei den Eigengesellschaften. In der Regel kann deshalb vom Vorliegen des Konzernprivilegs ausgegangen werden.

Ergebnis: Eine bankrechtliche Erlaubnis ist nichterforderlich.

b) Gemeinde ist Minderheitsgesellschafterin

Aus der (vorstehenden) Äußerung der BAFin zum Verhältnis der Gemeinde als Mehrheitsgesellschafterin ergibt sich im Umkehrschluss, dass Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich nicht unter das Konzernprivileg in § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG fallen.

Ergebnis: Eine bankrechtliche Erlaubnis wäre erforderlich.
Ein entsprechender Antrag ist nach § 102 Abs. 4 Satz 1 GemO kommunalrechtlich allerdings unzulässig (Verbot des Betreibens eines Bankunternehmens durch Gemeinden).

Wahl des Zinssatzes: EU-Beihilfenrecht vs. verdeckte Gewinnausschüttung

Nach der Grundregel in Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV – (Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag a. F.) sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Als Folge sieht der Vertrag vor, dass die Beihilfe bei der Kommission anzumelden ist und erst nach Genehmigung durchgeführt werden darf.

Bereits tatbestandlich liegt jedoch keine Beihilfe vor, wenn keine Begünstigung gewährt wird.

Im Falle einer Darlehensgewährung kann hierfür der sog. „Private-Investor-Test“ durchgeführt werden. Danach liegt keine staatliche Beihilfe vor, wenn einem Unternehmen direkt oder indirekt vom Staat oder einer Kommune Kapital zu normalen Marktbedingungen zur Verfügung gestellt wird, d.h. die Darlehensbedingungen und insbesondere der vereinbarte Zins marktüblich sind.

Andererseits ist bei der Zinssatzfestlegung zu beachten, dass ein zu hoch gewählter Zinssatz zu einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) an den Gesellschafter führen kann.

Fazit:
Gewährung eines Darlehens der Gemeinde Pullach i. Isartal an die IEP GmbH

Selbst wenn die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens entgegen Reischauer/Kleinhans als Kredit- und damit als Bankgeschäft anzusehen wäre gilt:

Die IEP GmbH ist als Eigengesellschaft der Gemeinde eine 100%-ige Tochter über die ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird bzw. werden kann.
Die Darlehensgewährung ist daher auf Grund des Konzernprivilegs zulässig.

Hinsichtlich des EU-Beihilfenrechts bzw. der Problematik einer vGA stellen bspw. die aktuellen Konditionen der Sparkasse oder die von der Bundesbank in der MFI-Zinsstatistik veröffentlichen Sätze einen geeigneten Marktvergleich dar.