

## ÖFFENTLICHER SEKTOR

# Umsetzung von EU-Vorgaben in der Verkehrswirtschaft Gestaltung von Anreizsystemen zur Effizienzsteigerung

### In dieser Ausgabe lesen Sie:

- **Editorial** ..... 2
- **Brennpunkt**
  - Anreizsysteme zur Effizienz im Nahverkehr ..... 3
  - Positive Entscheidung im Beihilfeprüfverfahren  
Langenfeld/VRR ..... 4
- **Versorgungswirtschaft**
  - Gaspreisklauseln vor dem BGH:  
Der Kampf geht in die nächste Runde ..... 5
  - Auswirkungen des neuen EEG-Wälzungs-  
mechanismus in der Handelsbilanz ..... 6
- **Abwasserwirtschaft**
  - Mehr Renovierung/Reparatur statt  
Erneuerung im Kanalnetz ..... 8
- **Verkehrswirtschaft**
  - Finanzierungsnachweis beim Busverkehr:  
Umsetzung der Anhang-Vorgaben bei KMU ..... 9
- **Steuerrecht**
  - Änderungen des Energie- und des  
Stromsteuergesetzes ..... 11
  - Kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaft  
mit Dauerverlusten als Hoheitsbetrieb? ..... 13
- **Gemeindeordnung NRW**
  - Revitalisierung des Gemeindefinanzrechts:  
Vereinfachungen und Erleichterungen für kommu-  
nale Unternehmen ..... 14

## EDITORIAL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

die Verkehrswirtschaft steht vor akutem Handlungsbedarf. Denn die seit Ende 2009 in Kraft gesetzte VO (EG) 1370/2007 greift nun immer deutlicher in die Praxis der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ein. So hat die GD Wettbewerb der EU-Kommission mit dem Beihilfefall Danske Statsbaner wichtige Eckpfeiler gesetzt, die auch für deutsche Unternehmen im SPNV zu beachten sind. Zudem liegen für den ÖPNV Hinweise der GD MOVE vor, die eindeutig aufzeigen, dass Verfahren zur Ausgleichsgewährung bestimmte Effizianzanreize beinhalten müssen – alles Wichtige dazu finden Sie im Brennpunkt dieser Ausgabe. Ferner möchten wir auf die Eilmeldung zu einer brandneuen Entscheidung der EU-Kommission im Beihilfeprüfverfahren Langenfeld/VRR auf S. 4 hinweisen.

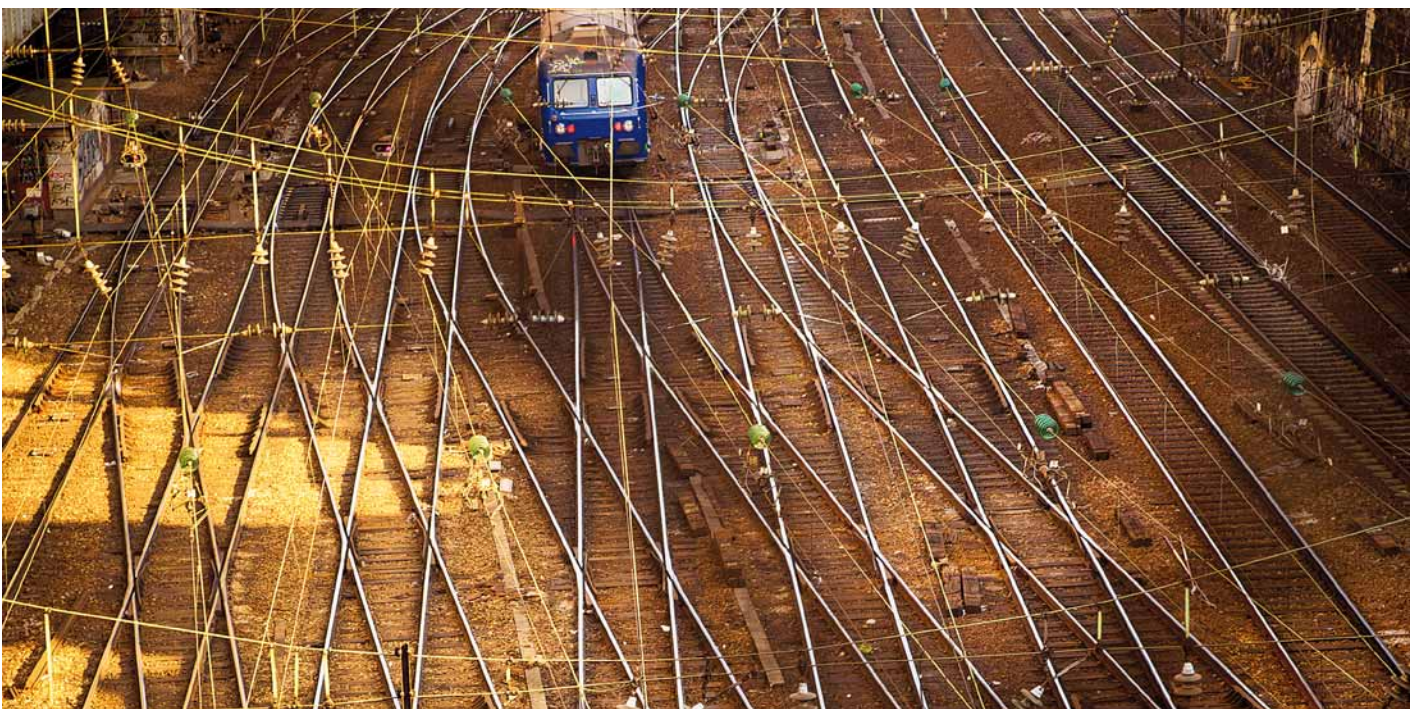
Ebenso muss die Versorgungswirtschaft zunehmend auf EU-Ebene gefällte Entscheidungen beachten. Dass dies auch für die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Gassonderverträgen gilt, kam allerdings doch etwas überraschend, da mit der insoweit erfolgten Anrufung

des EuGH durch den BGH kaum zu rechnen war (mehr dazu ab S. 5).

Stark beeinflusst von der Normensetzung auf europäischer Ebene ist bekanntlich auch das Steuerrecht: So sind energie- und stromsteuerliche Begünstigungen grundsätzlich bis Ende des Jahres 2012 befristet, da die ursprüngliche beihilferechtliche Genehmigung der Europäischen Kommission zum Ende des Jahres 2012 ausläuft. Schon jetzt bedeuten die ab 1.1.2011 zurückgeführten Entlastungen für die Unternehmen des Produzierenden Gewerbes – neben der Verteuerung des Strom- und Energiebezugspreises – einen zusätzlichen Liquiditätsentzug und einen damit verbundenen Zinsnachteil. Damit verbliebene Entlastungsbeträge aber überhaupt in Anspruch genommen werden können, sind Ausschlussfristen zu beachten, über die unser Beitrag ab S. 11 ebenso informiert wie über Änderungen in den Bereichen Contracting und Fernwärme.

Eine informative Lektüre der hier angesprochenen und der weiteren Beiträge dieser Ausgabe wünscht Ihnen

Ihr Team von PKF



**Auf EU-Ebene wurden wichtige Weichenstellungen für die Verkehrs- und Versorgungswirtschaft vorgenommen.**

## BRENNPUNKT

# Anreizsysteme zur Effizienz im Nahverkehr

## Umsetzung von EU-Vorgaben

In aktuellen Beschlüssen bzw. Hinweisen hat die EU-Kommission (KOM) zur Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Effizienz-Anreizsystems im SPNV resp. im ÖPNV Stellung genommen. Für die Unternehmen des Nahverkehrs resultiert daraus Handlungsbedarf.

### 1. Anwendung der Anhang-Vorgaben

Bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und bei Ausgleichsleistungen in Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift sind die Ausgleichsleistungen nach den Regeln des Anhangs der VO (EG) 1370/2007 (im Folg. kurz: VO) zu berechnen (vgl. Ziff. 1 des Anhangs der VO). Hierbei muss das Verfahren der Ausgleichsgewährung einen Anreiz zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung der wirtschaftlichen Geschäftsführung des Betriebs geben, der objektiv nachprüfbar ist. Diese Regeln werden in der Praxis zur Absicherung der Überkompensationskontrolle auch bei Finanzierungen angewandt, die auf der Basis der „alten Rechtslage“ bestehen. Bei diesen sog. Bestandsbetrauungen wurden bisher die Prüfungen nach dem 4. Altmark-Trans-Kriterium durchgeführt, das als Sollvergabe für die Kosteneffizienz genutzt wurde (vgl. PKF-Themen 04/2009).

### 2. Aktuelle Beschlüsse und Hinweise der EU-Kommission

Da die VO erst Ende 2009 in Kraft getreten ist, liegen bisher nur wenige Referenzfälle vor. Die KOM hat erst eine bedeutsame Entscheidung auf der Grundlage der neuen VO getroffen. Es handelt sich um den Beihilfefall C-41/08 Danske Statsbaner, der mittlerweile auch in deutscher Sprache veröffentlicht worden ist (vgl. Vorbericht in PKF-Themen 3/2010). Der Entscheidung sind nützliche Hinweise zur Anwendung der VO zu entnehmen, denn der behandelte Fall zeigt Möglichkeiten für die Schaffung eines Effizienzanzweises im SPNV auf (mehr dazu in Abschn. 3). Für den ÖPNV liegen uns ebenfalls

konkrete Hinweise seitens der KOM vor, die eindeutig aufzeigen, dass Verfahren zur Ausgleichsgewährung entsprechende Anreize zur Effizienzverbesserung beinhalten müssen (s. nachfolgend u. Abschn. 4).

### 3. Anreizsystem zur Effizienz im SPNV

#### 3.1 Abrechnung gem. Anhang-Vorgaben

Die o.g. Entscheidung der EU-Kommission beinhaltet u. a. auch eine Formel zur Berechnung der Obergrenze einer Rückerstattung mit Bezug auf die (Eigen-)Kapitalrendite. Danach kann ein zusätzlicher Gewinn bei der Abrechnung gem. den Anhang-Vorgaben angesetzt werden, wenn das Unternehmen

- seine Kostenstruktur verbessert (Kosten  $\Delta$ ) bzw.
- die Fahrgastzahlen steigert (PersKm  $\Delta$ ).

Zwar ist dies sicher eine einzelfallbezogene Entscheidung, die auf einer drittstaatlichen Vereinbarung beruht und deshalb nicht 1:1 in Deutschland anzuwenden ist, da in Deutschland verschiedene Aufgabenträger unterschiedliche Handlungsformen praktizieren.

**Empfehlung:** Da die Anhangsabrechnung auf der Grundlage nationaler Rechnungslegungsvorschriften zu erfolgen hat (Ist-Kosten und Ist-Einnahmen), empfiehlt es sich, in der Position Kapitalrendite die „kalkulatorischen Elemente“ für eine Anreizregelung aufzunehmen.

#### 3.2 Kosteneffizienz

Der Anreiz auf der Kostenseite besteht also z.B. darin, dass auf Basis eines objektiv durchgeführten Kosteneffizienzmaßstabs ggf. eine Erhöhung der angemessenen maximalen Kapitalrendite möglich wird. Dazu wird in o.g. Entscheidung die Kosteneffizienz bezogen auf eine solche Basis wie etwa Durchschnittskosten pro Leistungseinheit (z. B. PKm) abgeleitet. Soweit aber Vergleichswerte (z. B. Kostenstrukturen Dritter/good-practise-Werte) vorlie-

gen, sind diese Referenzwerte u. E. einer Durchschnittsbetrachtung vorzuziehen. Auch die Bezugsgröße PKm, die im Verfahren Danske Statsbaner herangezogen wurde, ist u. E. eine einnahmenbezogene Leistungsgröße. Geeignete leistungsrelevante Bezugsgrößen sind i. d. R. z. B. ZugKm oder FahrplanStd.

### 3.3 Einnahmeneffizienz

Als Maßstab der Effizienzsteigerung auf der Einnahmenseite sind PKm (Erhöhung der Fahrgastzahlen) grundsätzlich geeignet. Auch aus Vergangenheitswerten abgeleitete Bezugsgrößen sind sinnvoll. Wichtig sind aber zum einen die Konzeptionierung und die Implementierung geeigneter Verfahren (Erhebungsverfahren, Hochrechnungsverfahren) zur Festlegung von Sollwerten und zum Messen von Ist-Werten, damit diese vergleichbar sind. Zum anderen müssen planbare, nicht auf der Effizienzsteigerung des Unternehmens beruhende Veränderungen eliminiert werden, so z. B. Bevölkerungsrückgang, Effekte aus Tarifierhöhungen, Benzinpreisentwicklung etc.

## 4. Anreizsystem zur Effizienz im ÖPNV

Aus unseren aktuellen Abstimmungsprozessen mit der KOM im Busverkehr ist klar geworden, dass auch im ÖPNV eine Ausgestaltung eines Anreizsystems zur Effizienz beihilferechtlich notwendig ist. Bei Neuregelungen nach der VO können o. g. Maßstäbe im SPNV analog angesetzt werden, allerdings mit dem Unterschied, dass die Kostenstrukturen im ÖPNV geringere Kapitalkostenanteile und höhere Personalkostenanteile aufweisen. Deshalb muss die Definition der Kosteneffizienz entsprechend modifiziert werden. Bei Bestandsregelungen kann eine konkretisierende Anpassung erfolgen, z. B. im Hinblick auf die Beurteilung einer Maximalrendite als Obergrenze bei Ex-post-Prüfungen. Dabei kann z. B. wie bisher die Bezugsgröße des Sollwerts nach Kriterium 4 Altmarkt dienen, wenn dieser aktualisiert vorliegt.

**Empfehlung:** Es empfiehlt sich aber, im Zuge der Anpassung des Regelwerks an die Vorgaben des Anhangs vorab auch konkrete Maßstäbe zur Messung und Verbesserung der Effizienz im Ist einzuführen (z. B. Anpassungen bei Finanzierungs- und Prüfungsrichtlinien).

Im ÖPNV sind dabei Unterschiede zwischen Anreizen für Qualität einerseits und für Effizienz andererseits gesondert zu berücksichtigen. Da Qualitätsanreize dort schwer-

punktmäßig die Fahrzeugqualitäten betreffen, dürfen bei der Kosteneffizienzmessung die Fahrzeugqualitätskosten nicht berücksichtigt werden.

## 5. Fazit

Der Anhang der VO sieht ein Anreizsystem auf der Grundlage einer objektiven und nachprüfbaren Effizienzmessung bei Kosten und Einnahmen vor. Nach eindeutigen Hinweisen der KOM ist ein solches System immer einzurichten, sofern Ausgleich gewährt werden. Die Entscheidung Danske Statsbaner gibt erste Hinweise, wie ein solches System ausgestaltet werden kann. Aus unserer Sicht müssen solche Systeme Unterschiede zwischen den Strukturen im SPNV und im ÖPNV berücksichtigen.

**Empfehlung:** Es ist anzuraten, auch bei Bestandsbetraungen Anreizsysteme zur Effizienz zu ergänzen und mit denen zur Qualität abzustimmen. Wegen der vorliegenden Unterschiede bei der Verkehrsleistungserbringung bestehen weitreichende Gestaltungsoptionen bei der Implementierung solcher Systeme, bei deren Konzeptionierung wir Sie gerne unterstützen.

### Eilnachricht

#### Positive Entscheidung im Beihilfeprüfverfahren Langenfeld/VRR

Die Europäische Kommission hat in ihrem Beihilfe-Newsletter vom 25.2.2011 mitgeteilt, dass sie das Beihilfeprüfverfahren Langenfeld/Verkehrsverbund Rhein-Ruhr am 23.2.2011 „positiv“ entschieden hat. Der Text der Entscheidung liegt noch nicht vor, soll jedoch in der Verfahrenssprache Deutsch kurzfristig veröffentlicht werden. Im Verfahren Langenfeld/Verkehrsverbund Rhein-Ruhr stand das von PKF/IVT entwickelte Finanzierungssystem des VRR bei der EU-Kommission auf dem Prüfstand. Das Ergebnis des Prüfverfahrens der EU-Kommission ist umso bemerkenswerter, als bislang nur in wenigen Beihilfeprüfverfahren im Verkehrssektor entsprechend positiv entschieden wurde.

Anreizsysteme zur Effizienz sind nach dieser Entscheidung notwendiger Bestandteil solcher Finanzierungssysteme; Näheres hierzu erfahren Sie in der nächsten Ausgabe.

## VERSORGUNGSWIRTSCHAFT

# Gaspreisklauseln vor dem BGH: Der Kampf geht in die nächste Runde

## Überraschende Anrufung des EuGH

Die für den 9.2.2011 mit Spannung erwarteten BGH-Entscheidungen zur Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Gassonderverträgen haben zunächst nicht den erhofften Erkenntnisgewinn erbracht. Stattdessen hat der BGH in einer wichtigen Grundsatzfrage den EuGH angerufen.

### 1. Gassonderverträge von ESWE und RWE auf dem Prüfstand

Im ersten zu entscheidenden Fall (Az.: VIII ZR 295/09) hatte ein Kunde gegen die Gaspreiserhöhungen geklagt, die in den Jahren 2004 bis 2007 sein Versorger, der ESWE aus Wiesbaden, vorgenommen hatte. Insbesondere hatte sich der Kunde gegen die Preisanpassungsregelungen der Tarife „ESWE Komfort“ gewandt, die ein einseitiges, inhaltlich nicht näher bestimmtes Preisanpassungsrecht der ESWE bei einer Kündigungsfrist von einem Monat vorsahen.

Im zweiten Fall (Az.: VIII ZR 162/09) hatte der BGH über die Klage der Verbraucherzentrale NRW gegen RWE auf Unwirksamkeit der Gaspreiserhöhungen der Jahre 2003 bis 2005 zu entscheiden. Das besondere Interesse der Gasversorgungsbranche und der Kunden an diesem Fall liegt darin begründet, dass die Verbraucherzentrale dem BGH aus abgetretenem Recht von 25 Haushaltskunden verschiedenartige Fallkonstellationen zur Beurteilung vorgelegt hatte. Eine Entscheidung hätte somit für die Branche insgesamt Klarheit in wichtigen Grundsatzfragen bedeutet, darunter

- zur Bedeutung einer widerspruchsfreien Hinnahme von Preiserhöhungen,
- zur Definition längerfristiger Vertragsverhältnisse sowie
- zur Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung

und der Einrede der Entreicherung von Seiten der Gasversorger.

### 2. Wichtige Weichenstellungen des BGH

Die Vorinstanzen im Fall ESWE – das LG Wiesbaden und das OLG Frankfurt – hatten die Klage des Kunden mit der Begründung abgewiesen, dass kein einseitig bestimmter, sondern ein vereinbarter Preis vorliegt, wenn der Gaskunde die auf erhöhten Tarifen basierenden Jahresrechnungen unbeanstandet hinnimmt und weiterhin Gas bezieht, ohne in angemessener Zeit eine Überprüfung der Billigkeit nach § 315 BGB zu verlangen. Der BGH hat dann aber den von ESWE verwendeten Gasliefervertrag als Sondervertrag qualifiziert und die Preiserhöhungen für unwirksam erklärt.

In Fortführung seiner bisherigen Linie sieht der BGH wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden (§ 307 Abs. 1 BGB) keine wirksame Preisanpassungsklausel, da dem Kunden kein nach § 32 Abs. 2 AVBGasVO zustehendes Sonderkündigungsrecht von 14 Tagen nach Bekanntgabe einer Preisanpassung eingeräumt wurde. Wegen der Feststellung, ob der Gaspreis insgesamt unwirksam ist und der Kunde damit tatsächlich Rückforderungsansprüche hat, wurde die Sache zurück an das OLG verwiesen.

Seine Entscheidung im Fall RWE hat der BGH vertagt und stattdessen überraschend den EuGH in zwei wichtigen Fragen angerufen:

- „Wenn in Sonderverträgen die für Tarifkunden geltenden gesetzlichen Regelungen unverändert übernommen werden, ist dann die EU-Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen („Klausel-Richtlinie“) anwendbar?

- Sofern die Klausel-Richtlinie anwendbar ist, sind dann die Transparenzanforderungen erfüllt, wenn bei Übernahme des für Tarifkunden geltenden einseitigen Preisänderungsrechts (§ 4 AVBGasVO) einschließlich Sonderkündigungsrecht Anlass, Art und Umfang der Preisänderung nicht wiedergegeben sind?“

### 3. Grund zur Hoffnung für Gasversorger

Während der BGH im Fall ESWE seine bisherige Rechtsprechung konsequent weiterverfolgt, zeichnet sich dennoch eine mögliche branchen-

***Wird der EuGH branchenfreundlich im Sinne der Zulässigkeit eines Preisänderungsrechts entscheiden?***

freundliche Entscheidung im Fall RWE ab. So geht der BGH wohl bei der zweiten dem EuGH vorgelegten Frage davon aus, dass die Übernahme von § 4 AVBGasVO einschließlich Kündigungsmöglichkeiten auch für den Sondervertrag ein zulässiges Preisänderungsrecht darstellt.

Zwar enthalte auch diese Regelung keine Angaben zu Anlass, Voraussetzung und Umfang von Preiserhöhungen; es sei aber nicht einsehbar, warum ein Sondervertragskunde bes-

ser geschützt sein solle als ein Tarifkunde. Die Entscheidung des EuGH bleibt abzuwarten.

## Auswirkungen des neuen EEG-Wälzungsmechanismus in der Handelsbilanz

### Gegenüberstellung der bisherigen und neuen Regelungen

**Der sog. EEG-Wälzungsmechanismus ist neu geregelt worden: Anders als bei der bisherigen physikalischen Abnahmeverpflichtung tragen die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) seit dem 1.1.2010 nur noch eine finanzielle Wälzung der Belastungen aus EEG-Einspeisevergütungen. Die hieraus resultierenden Unterschiede für die handelsrechtliche Bilanzierung werden in diesem Beitrag dargestellt.**

#### 1. Von der physikalischen zur finanziellen Wälzung

Im Rahmen des vertikalen Belastungsausgleichs bestand für EVU nach § 14 Abs. 3 EEG a.F. bzw. § 37 Abs. 1 EEG n.F. bisher die Verpflichtung, EEG-Strom von dem für sie regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) anteilig abzunehmen und diesen zu vergüten. Da die endgültigen EEG-Quoten und Preise nach § 14a Abs. 4 Nr. 2 EEG a.F. erst zum 30.9. des Folgejahres feststanden, wurde der EEG-Strombezug des EVU unterjährig mit auf Prognosemengen und -preisen basierenden Abschlägen

abgerechnet. Infolge der bei der Endabrechnung regelmäßig auftretenden Mengen- und Preisdifferenzen wurden diese sodann in Form zusätzlicher Ausgleichslieferungen sowie Vergütungszahlungen bis zum 30.9. des der Endabrechnung folgenden Jahres abgerechnet.

**Beispiel:** Damit zieht sich der Ausgleich des EEG-Strombezugs eines Jahres (z.B. 2007 und 2008) bis zum Ende des übernächsten Jahres (2010 bzw. 2011) hin.

Im Zuge der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechVO) vom 17.7.2009 (BGBl. I S. 2101) ist eine Änderung des Verfahrens eingeführt worden: Mit der Neuregelung besteht für seit dem 1.1.2010 eingespeiste Strommengen anstelle der bisherigen Abnahme- und Vergütungspflicht eine rein finanzielle Umlage der EEG-Belastungen. Die EEG-Umlage errechnet sich aus der Differenz zwischen den Erlösen aus der Vermarktung der bundesweit eingespeisten EEG-Mengen über die Strombörse und den gezahlten Einspeisevergütungen im Verhältnis zur gesamten Absatzmenge an nicht privilegierte Letztverbraucher.

Anders als bisher wird die EEG-Umlage durch die ÜNB anhand von Planwerten ermittelt und bis zum 15.10. vor Beginn des (Liefer-)Jahres veröffentlicht (§ 3 Abs. 2 Ausgl MechVO). Auf die so ermittelten EEG-Umlagen (2010: 2,045752 bzw. 2011: 3,53068 Cent/kWh) leistet das EVU anhand seiner geplanten Absatzmengen Abschlagszahlungen. Abweichungen zwischen der prognostizierten und der (bis zum 31.7. des Folgejahres) spitzgerechneten EEG-Umlage werden im Rahmen der zeitlichen Wälzung bei der Festlegung der EEG-Umlage für das folgende Kalenderjahr berücksichtigt.

## 2. Bilanzielle Auswirkungen des bisherigen Verfahrens ...

Soweit sich nach dem alten Wälzungsmechanismus für die zum vorläufigen Durchschnittspreis gelieferten und abgerechneten EEG-Strommengen Nachbelastungen aus der endgültigen Preisfestsetzung ergaben, waren diese als sog. Preiskomponente vom EVU auszugleichen. Waren für das Jahr der betreffenden Einspeisung Nachbelastungen (aufgrund aktualisierter Prognosenmengen und -preise) bereits im Zeitpunkt der Bilanzaufstellung erkennbar, so war hierfür im Rahmen der Preiskomponente eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten gem. § 249 Abs. 1 HGB zu bilden.

Die Mehr- oder Mindermengen, die durch Unterschiede zwischen der vorläufig abgenommenen EEG-Strommenge

und der im Rahmen der Endabrechnung quotale auf das EVU entfallenden EEG-Strommenge entstanden (sog. Mengenkompente), wurden durch Ausgleichslieferungen im übernächsten Geschäftsjahr ausgeglichen. Bis zum Vollzug der Ausgleichslieferung lag ein schwebendes Geschäft vor, das handelsbilanziell nur bei drohenden Verlusten im Rahmen einer Drohverlustrückstellung nach § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB berücksichtigt wurde. Hierzu musste das aus den Ausgleichsmengen bediente Stromabsatzgeschäft insgesamt verlustbehaftet sein, was in der Praxis von den Margenverhältnissen des EVU abhängig war.

## 3. ... und des neuen Wälzungsmechanismus

Die für EEG-Einspeisungen nach dem neuen Wälzungsmechanismus seitens des ÜNB erhobenen Abschlagszahlungen auf die EEG-Umlage sind bei EVU im Jahr der zugrundeliegenden Einspeisung handelsrechtlich als laufender Aufwand zu behandeln. Der Ausweis hat analog zum Strombezug unter dem Materialaufwand zu erfolgen.

Sofern im Zeitpunkt der Abschlussaufstellung die Abgabemenge an Letztverbraucher bereits feststeht oder die entsprechende Meldung bereits an den ÜNB übermittelt wurde und sich hieraus für das EVU ein Mehraufwand ergibt, hat dieses eine sonstige Verbindlichkeit zu bilanzieren, da es sich seiner Verpflichtung nicht mehr entziehen kann und keine Unsicherheit der Höhe nach besteht.



EEG-Einspeisungen führen nach dem neuen Wälzungsmechanismus zum Ausweis von Materialaufwand.

Im Fall eines Minderaufwands ist bei ansonsten gleichen Voraussetzungen – ohne Verstoß gegen das Realisationsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 HGB) – ein Erstattungsanspruch unter den sonstigen Vermögensgegenständen zu bilanzieren.

Bestehen hingegen noch Unsicherheiten hinsichtlich der abrechnungsrelevanten Stromabgabe an Letztverbraucher – wie z.B. im sog. fast-close – hat das EVU den

geschätzten Mehraufwand im Rahmen einer Verbindlichkeitsrückstellung (§ 249 Abs. 1 HGB) zu bilanzieren.

Sofern sich der vorab festgelegte EEG-Umlagesatz später als zu hoch oder niedrig erweist, sind hieraus bei EVU keine bilanziellen Konsequenzen zu ziehen, da im Rahmen der zeitlichen Wälzung kein Bezug zum abgelaufenen Geschäftsjahr besteht.

## ABWASSERWIRTSCHAFT

# Mehr Renovierung/Reparatur statt Erneuerung im Kanalnetz

## Bilanzansätze im Spannungsfeld interessenbasierter Einflussfaktoren

**Im Rahmen der Kanalbewirtschaftung treffen politische, technische und kaufmännische Sichtweisen aufeinander. Insbesondere ist zu beachten, dass sich das technisch erfolgreiche Streben nach Substanzerhalt nicht zwingend in einem wirtschaftlich messbaren Substanzerhalt widerspiegelt.**

### 1. Einführung

Mit der Veröffentlichung der Ergebnisse der sechsten Umfrage zum Zustand der Kanalisation in Deutschland (KA Korrespondenz Abwasser – Abfall 1/2011) zeigt sich, dass die Sanierung von Kanälen durch Reparatur- und Renovierungsverfahren im Vergleich zum Austausch um rund 10 % zugenommen hat. Diese Entwicklung kann aus technischer Sicht als Ergebnis der Kombination

- einer Feuerwehrstrategie (= Beseitigung von großen Einzelschäden durch Reparaturen) mit
- der Strategie zur Verlängerung der Nutzung und Aufrechterhaltung der Substanz

interpretiert werden. Zu beachten ist aber, dass dem technischen Substanzerhalt durch Reparatur und Renovierung statt Erneuerung auf Dauer ein abnehmendes Anlagever-

mögen als wirtschaftlicher Substanzverzehr gegenüberstehen kann. Denn die Instandhaltung von Kanälen führt i.d.R. nicht zu Herstellungskosten.

### 2. Zur Abgrenzung von Herstellungskosten und Erhaltungsaufwand

In der Praxis der Kanalbewirtschaftung werden analog der Vorgehensweise bei Strom-, Gas- und Wassernetzen Größenkriterien zur Abgrenzung von Herstellungskosten und Erhaltungsaufwand definiert. Im Vergleich zu den Versorgungsnetzen bietet das Kanalnetz die physisch abgrenzbare kleinste Einheit der Kanalarhaltung von rund 40 Metern zwischen zwei Schächten. Diese Haltung kann als selbstständig bewertbarer Vermögensgegenstand definiert werden (DWA-Regelwerk A 133).

Der physische Austausch einer Haltung – in offener oder geschlossener Bauweise – als Sanierungsverfahren führt zu Herstellungskosten, die das wirtschaftliche Anlagevermögen erhöhen. Hingegen bewirkt die lokale Reparatur bei den in der Umfrage durchschnittlich festgestellten Schadenslängen von rd. 6 Meter bei rd. 4 Schäden pro Haltung mittels Ausbesserungs-, Injektions- und Abdichtungsverfahren das Entstehen von Erhaltungsaufwand.

Bei den sog. Reliningverfahren, die mit 90 % den höchsten Anteil an den Renovierungsverfahren haben, hängt die Einordnung in Herstellungskosten oder Erhaltungsaufwand von der Beurteilung der Restnutzungsdauer der als Tragkonstruktion genutzten Altsubstanz und der Nutzungsdauer des eingebrachten Inliners ab.

**Zwischenergebnis:** Der Einfluss auf die Bilanzierung des Kanalvermögens ist nicht unerheblich. Zudem kann eine von bilanziellen Ansätzen abweichende Handhabung in der Gebührenkalkulation zu Schwankungen der Gebührenhöhe oder zur wirtschaftlichen Belastung des Abwasserbetriebs führen.

### 3. Interessenbasierte Einflussfaktoren

Abwassergebühren stehen stets im Fokus der Öffentlichkeit und damit der gemeindlichen, politischen Entscheidungsträger. Dem Wunsch nach einer weitestgehenden Gebührenstabilität müssen die im Tief- und Kanalbau planerisch und operativ tätigen Mitarbeiter Rechnung tragen.

Zugleich werden mit der Aufstellung eines gemeindlichen Gesamtabschlusses nach dem NKF die Anforderungen an transparente bilanzielle – und nicht nur gebührenrechtliche – Regelungen immer wichtiger. Praxisrelevante Auswir-

kungen des NKF zeigen sich bereits in der Zunahme von Erläuterungsersuchen seitens der Gemeindeprüfungsanstalt bei wesentlich abweichenden interkommunalen Vergleichszahlen in anderen Infrastrukturbereichen.

Doch auch gemeindeintern ist die Interessenlage differenziert: Während für die Technik die Mittelherkunft zur Durchführung von Sanierungsmaßnahmen eher von nachrangiger Bedeutung ist, stellt für den kaufmännischen Bereich die sachgerechte Bilanzierung der Mittelverwendung ein langfristiges Werkzeug zur nachhaltigen Mittelbeschaffung dar.

Somit wird der interdisziplinäre Dialog zwischen den Beteiligten angesichts des in der aktuellen Umfrage-Auswertung festgestellten Trends zur Reparatur/Renovierung immer wichtiger.

**Empfehlung:** Im Rahmen der Bilanzierung lässt die Abgrenzung zwischen Herstellungskosten und Erhaltungsaufwand im Kanalnetz nicht unerhebliche Ermessensspielräume mit nachhaltiger Wirkung zu. Wir unterstützen Sie gerne mit unseren Erfahrungen bei der Aufstellung einer Aktivierungsrichtlinie.

## VERKEHRSWIRTSCHAFT

# Finanzierungsnachweise beim Busverkehr

## Umsetzung der Anhang-Vorgaben bei KMU

Um den Vorgaben des Anhangs zur VO (EG) 1370/2007 gerecht zu werden, stehen insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU) vor dem Problem, dass die Grundlagen für die geforderten Nachweise erst geschaffen werden müssen. Denn sowohl in der VO selbst als auch in der Fachliteratur finden sich kaum Hilfestellungen, wie die rechtlichen Vorgaben praktisch umgesetzt werden können.

### 1. Musterfall in Bearbeitung

Wegen der Anwendungsprobleme bei der Erfüllung der Anforderungen an die beizubringenden Finanzierungsnachweise hat PKF zusammen mit dem bdo (Bundesverband deutscher Omnibusunternehmer e.V.) und einem Musterunternehmen typische Problemstellungen anhand eines konkreten Musterfalls erarbeitet. Dieser soll mit Ver-



Für Unternehmen im Verkehrssektor wirft insbesondere der Renditemaßstab Beurteilungsspielräume auf.

treten der EU-Kommission abgestimmt werden, um den KMU Hilfestellungen bei der Nachweisführung gegenüber den Finanziers anhand

- von Musterformularen bzw.
- eines Tools zur Verarbeitung von deren Trennungsrechnungsdaten

geben zu können.

**Hinweis:** Sobald entsprechende Ergebnisse vorliegen, werden wir Sie zeitnah informieren.

Problematisch ist – insbesondere vor dem Hintergrund der anzuwendenden handels- und steuerrechtlichen Vorschriften –, dass KMU-spezifische Besonderheiten vorliegen können, die einen objektiven Vergleich zu anderen Unternehmen im Verkehrssektor nicht erlauben. Dabei sind vor allem Fragen von Bedeutung, die die Rechtsform und den Beurteilungsmaßstab für die Rendite betreffen.

## 2. Besonderheiten bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften

Bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften stellt sich als besondere Frage, ob die Berücksichti-

gung eines angemessenen Ansatzes von kalkulatorischem Unternehmerlohn und z. B. kalkulatorischer Miete auf der Basis von Marktpreisen als zusätzliche Komponente des Gewinns im Sinne von Ziffer 2 und Ziffer 6 des Anhangs der VO (EG) 1370/2007 zulässig ist. Betroffen sind also Kostenpositionen, die aufgrund von nationalen Rechnungslegungsvorschriften nicht im Jahresabschluss enthalten sind (um einen von der Rechtsform unabhängigen Gewinnansatz zu ermöglichen).

## 3. Kapital- oder Umsatzrendite als Beurteilungsmaßstab?

Bezüglich der Beurteilung der Angemessenheit des Gewinns im Bussektor stellt sich die Frage, ob die Kapitalrendite der zutreffende Beurteilungsmaßstab ist, wenn

- oft mehr als 50 % der Kosten personalinduziert sind bzw. wenn
- insbesondere bei kleineren Busunternehmen z. B. aufgrund von Fahrzeugbeschaffungsmaßnahmen und steuerlich vorgegebenen Abschreibungssätzen bzw.

Nutzungsdauern der jährliche Kapitaleinsatz rechnerisch stark schwankt.

Folglich ist zu prüfen, ob es nicht praktikabler ist, im Busverkehr den Vergleichsmaßstab „Umsatzrendite“ heranzuziehen, sofern für typische Wagnisgruppen vom Markt abgeleitete Werte vorliegen. Dem steht allerdings entgegen, dass sich der Anhang unter Nr. 6 mit der in einem Sektor des betreffenden Mitgliedstaats angemessenen Kapitalrendite unter Berücksichtigung des spezifischen Risikos beschäftigt: Es soll gerade nicht mehr auf eine sog. Umsatzrendite abgestellt werden, sondern auf das übliche angemessene Kapital.

Das aber ist in mehrfacher Hinsicht problematisch:

- Bei KMU liegt oft nur eine geringe Kapitalbasis vor; Busse werden in vielen Fällen unter Empfang von För-

dermitteln angeschafft. Deshalb verringert sich die Kapitalbasis für die Ermittlung der Rendite.

- Ein weiteres Problem bei der Bemessung der Kapitalrendite ergibt sich, wenn Sub-Unternehmer beauftragt werden und für deren Busse das eingesetzte Kapital nicht ermittelbar ist.

#### 4. Fazit

Da aber die Vorgaben des Anhangs bereits seit dem 3.12.2009 sowohl für bestehende Regelungen (im Rahmen der Nutzung der Übergangsfristen) als auch für neue Verfahren nach der Maßgabe der VO (EG) 1370/2007 gelten, sollten Finanzierungsregelungen zeitnah geprüft und angepasst werden. Die Erkenntnisse aus Abstimmungsprozessen mit der KOM sollten dabei einfließen.

## STEUERRECHT

# Änderungen des Energie- und des Stromsteuergesetzes

## Produzierendes Gewerbe: Reduzierte Entlastungen verteuern den Energiebezug

**Zum 1.1.2011 sind vielfältige Änderungen des Energie- und des Stromsteuergesetzes in Kraft getreten. Diese betreffen vor allem Begünstigungen für Unternehmen des Produzierenden Gewerbes. Zudem sind Gestaltungen des Nutzenergie-Contractings ab dem 1.1.2011 in vielen Fällen steuerlich nicht mehr privilegiert. Die Änderungen haben für die betroffenen Unternehmen eine Erhöhung der Energie- und Stromkosten zur Folge.**

### 1. Begünstigte Unternehmen

Unternehmen des Produzierenden Gewerbes sowie der Land- und Forstwirtschaft erhalten als energieintensive Unternehmen auf Antrag – zur Vermeidung von Wett-

bewerbsnachteilen – bestimmte Entlastungen von der Energie- und Stromsteuer. Die Einstufung als Unternehmen des Produzierenden Gewerbes im Sinne des Energie- und des Stromsteuergesetzes (EnergieStG bzw. StromStG) erfolgt dabei anhand der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003) des Statistischen Bundesamts ([www.destatis.de](http://www.destatis.de)). Als Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gelten die Klassen

- C Bergbau,
- D Verarbeitendes Gewerbe,
- E Energie- und Wasserversorgung und
- F Baugewerbe.

## 2. Reduzierung der Steuerentlastungsbeträge

Die Höhe der Steuerentlastungen nach § 54 Abs. 2 EnergieStG wurde durch die Änderungen im Rahmen des HBegIG 2011 vom 9.12.2010 (BGBl. 2010, Teil I, S. 1885) wesentlich reduziert. So sinkt z.B. die Steuerentlastung für eine Megawattstunde (MWh) Erdgas von bisher 2,20 € auf 1,38 €. Zudem werden die sog. Sockelbeträge (Selbstbehalt) von derzeit 205,00 € auf 250,00 € erhöht. Damit werden Unternehmen mit geringem Energiebedarf zukünftig u.U. ganz von der Steuerbegünstigung ausgenommen. Der Spitzenausgleich nach § 55 EnergieStG und § 10 StromStG wird von 95 % auf 90 % gesenkt. Der Selbstbehalt des § 55 EnergieStG beträgt zukünftig 750,00 € (bisher 307,50 €), der Sockelbetrag nach § 10 StromStG steigt von 512,50 € auf 1.000,00 €.

## 3. Weitere Änderungen im StromStG

Neben der Reduzierung der Steuerentlastungen und der Anhebung der Sockelbeträge ist eine wesentliche Neuerung im Bereich des StromStG der Wegfall des ermäßigten Steuersatzes von 12,30 € pro MWh für ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes bei Vorlage eines entsprechenden Erlaubnisscheins nach § 9 Abs. 3 i.V. mit Abs. 4 StromStG. Mit Ablauf des 31.12.2010 sind die an die Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erteilten Erlaubnisscheine nach § 9 Abs. 4 StromStG erloschen.

Ab dem 1.1.2011 erfolgt die Lieferung von Strom an einen Letztverbraucher in jedem Fall zum vollen Regelsteuersatz von 20,50 € pro MWh. Mit § 9b StromStG wird stattdessen eine antragsgebundene nachgelagerte Steuerentlastung für Unternehmen des Produzierenden Gewerbes in Höhe von 5,13 € pro MWh eingeführt. Damit wird die Systematik an die des EnergieStG angepasst. Dies bedeutet für die Unternehmen des Produzierenden Gewerbes – neben der Verteuerung des Strom- und Energiebezugspreises durch die Reduzierung der Steuerentlastungen – einen zusätzlichen Liquiditätsentzug und einen damit verbundenen Zinsnachteil.

**Hinweis:** Die Steuerentlastungsanträge unterliegen einer Ausschlussfrist: Die Anträge müssen spätestens

bis zum 31.12. des Folgejahrs auf amtlichem Vordruck ([www.zoll.de](http://www.zoll.de)) beim zuständigen Hauptzollamt eingehen. Unterbleibt der Antrag innerhalb der vorgesehenen Frist, entfällt die Privilegierung.

## 4. Zeitliche Beschränkung der Begünstigungen

Die energie- und stromsteuerlichen Begünstigungen sind grundsätzlich bis Ende des Jahres 2012 befristet, da die ursprüngliche beihilferechtliche Genehmigung der Europäischen Kommission zum Ende des Jahres 2012 ausläuft. Sollen die Begünstigungen über das Jahr 2012 hinaus gewährt werden, bedarf es hierzu neuer genehmigungspflichtiger gesetzlicher Regelungen.

## 5. Änderungen im Bereich Contracting und Fernwärme

Zukünftig werden Steuerentlastungen für Energieerzeugnisse zur Erzeugung von Wärme bzw. für Strom, der zur Erzeugung von Wärme, Licht, Kälte, Druckluft und mechanischer Energie entnommen wird, nur noch gewährt, soweit die vorgenannten Erzeugnisse nachweislich durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes genutzt worden sind.

**Hinweis:** Eine Übergangsfrist für bestehende Verträge wurde nicht geregelt. Die im ursprünglichen Gesetzesentwurf vorgesehene Ausnahme für die Fernwärmeversorgung wurde nicht umgesetzt.

***Hinsichtlich der Fernwärmeversorgung sind Umsetzungsprobleme zu befürchten.***

Ein Contractor, der Nutzenergien an jemanden liefert, der nicht ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes ist, erhält hierfür ab 2011 keine Energie- und Stromsteuerentlastungen mehr und wird die zusätzliche Steuerbelastung

auf den Kunden überwälzen.

**Empfehlung:** Bei der Weiterlieferung von Nutzenergie ist ab 2011 zwingend festzustellen und zu dokumentieren, ob der Empfänger ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes ist. Hier sind vor allem bei der Fernwärmeversorgung Umsetzungsprobleme absehbar – wir unterstützen Sie bei deren Vermeidung ggf. gerne.

# Kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaft mit Dauerverlusten als Hoheitsbetrieb?

## Körperschaftsteuerliche Neuregelung auf dem finanzgerichtlichen Prüfstand

Ist für eine strukturell dauerdefizitäre kommunale Eigengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH die seit 2009 geltende Neuregelung des § 8 Abs. 7 KStG anwendbar? Diese Frage hat das FG Düsseldorf mit Rückwirkung bejaht und die von den Finanzbehörden angesetzten verdeckten Gewinnausschüttungen für unwirksam erklärt.

### 1. Der vom Finanzgericht entschiedene Sachverhalt

Die Verluste einer dauerdefizitären kommunalen GmbH – mit dem Unternehmenszweck der Verbesserung der sozialen und wirtschaftlichen Strukturen durch Förderung von Industrie, Gewerbe und Naherholung – glich ursprünglich eine Stadt als kommunaler Anteilseigner aus (sie hält 95,93 % der Anteile). Im Zuge einer Stammkapitalerhöhung wurde dieser Verlustausgleich mittels Einlage eines Aktienpakets abgeschafft. Die Erlöse aus diesen Aktien deckten die Verluste des operativen Geschäfts der GmbH. In den Jahren 1993 bis 1996 konzentrierte sich die Tätigkeit der kommunalen GmbH auf die Planung, Erschließung und anschließende Vermarktung der neu erschlossenen Gewerbegebiete im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

**Unterschiedliche Positionen zur Abgrenzung von hoheitlicher Tätigkeit und Wirtschaftsförderung.**

Im Rahmen einer Betriebsprüfung für diese Jahre klassifizierte das Finanzamt die Verluste des operativen Geschäfts als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) und erhob einen Gewinnaufschlag von 2 %. Daraufhin wurden die Körperschaftsteuer-, Gewerbesteuerermess- und Feststellungsbescheide für die Streitjahre entsprechend geändert. Das beklagte Finanzamt begründete dies damit, dass

die Voraussetzungen einer vGA vorhanden seien, da eine verhinderte Vermögensmehrung vorliege, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis habe. Zudem handele es sich bei der Unternehmenstätigkeit um keine hoheitliche Tätigkeit, sondern um Wirtschaftsförderung.

### 2. Qualifizierung als Hoheitsbetrieb

Für diesen Streitfall hat sodann das FG Düsseldorf die rückwirkende Anwendbarkeit der Neuregelung des § 8 Abs. 7 KStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2009 vom 19.12.2008 (BGBl. I S. 2794) bejaht: Nach dem Urteil vom 9.3.2010 (Az.: 6-K-3720/06-K-G-F) übt eine Kapitalgesellschaft, deren Anteilseigner mehrheitlich juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, mit der Planung, Erschließung und anschließenden Vermarktung neuer Gewerbegebiete für ansiedlungs- und umzugswillige Unternehmen eine Tätigkeit aus, die bei ihren Gesellschaftern zu einem Hoheitsbetrieb gehört. Bauleitplanung und Erschließung seien originäre Aufgaben der Kommunen und diesen nach § 1 Abs. 3, § 123 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) und § 2 Gemeindeordnung NRW (GO NRW) als Körperschaften des öffentlichen Rechts „eigentümlich und vorbehalten“. Die Bauleitplanung diene auch der Wirtschaftsförderung.

Das FG Düsseldorf sah die Tätigkeit der kommunalen GmbH

damit als Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben an, da die Tätigkeit dem Wohl der Allgemeinheit diene und die Belange der Wirtschaft sowie speziell die Erhaltung, Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen berücksichtige (vgl. § 1 Abs. 5 und 6 Nr. 8a, 8c BauGB). Zwar diene die Tätigkeit auch der Wirtschaftsförderung; ein Hoheitsbetrieb werde nach § 4 Abs. 5 Satz 1 KStG jedoch dann

unterhalten, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft öffentliche Gewalt ausübe, was die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben darstelle.

Nach der Ansicht des FG Düsseldorf reicht es für die Qualifizierung als Hoheitsbetrieb aus, dass die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin, würde sie durch ihre Gesellschafter ausgeführt, deren Hoheitsbetrieb zuzuordnen wäre (vgl. § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG n.F.). Folglich seien die Verluste der kommunalen Gesellschaft Ausfluss einer Tätigkeit, die bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zu einem Hoheitsbetrieb gehört. Zudem sei die Klägerin nicht in tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb zu privaten Unternehmen getreten.

### 3. Entscheidung des FG – mit welchen Auswirkungen?

Das FG entschied nach den vorstehend skizzierten Gründen, dass die Neuregelung des § 8 Abs. 7 KStG n.F. der vom Finanzamt angesetzten gewinnerhöhenden vGA entgegensteht, da die Neuregelung des § 8 Abs. 7 KStG nach § 34 Abs. 6 Satz 1 KStG n.F. auch für Veranlagungs-

zeiträume vor 2009 uneingeschränkt anwendbar ist. Das FG wies das Finanzamt an, die Bescheide so zu ändern, dass der gewinnerhöhende Ansatz der vGA rückgängig gemacht wird.

Abzuwarten bleibt, ob die Entscheidung des FG Allgemeingültigkeit entfalten wird und ob die Rückwirkung damit auch für nicht querverbundfähige Tätigkeiten kommunaler Kapitalgesellschaften gelten kann. Die gegen das Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde (das Az. des BFH lautet: I B 50/10) wurde zwischenzeitlich zurückgenommen. Das Urteil des Finanzgerichts ist damit rechtskräftig.

**Hinweis:** Ob die Wirtschaftsförderung durch Schaffung von Gewerbeflächen für ansiedlungswillige Unternehmen (auch) ein Dauerverlustgeschäft gem. § 8 Abs. 7 Satz 2 1. Alternative KStG n.F. ist, war von dem FG nicht mehr zu entscheiden. Das FG hält dies für eher zweifelhaft. Bekanntlich verneint die Finanzverwaltung die Einstufung der Wirtschaftsförderung als ein solches Dauerverlustgeschäft.

## GEMEINDEORDNUNG NRW

# Revitalisierung des Gemeindefinanzrechts

## Vereinfachungen und Erleichterungen für kommunale Unternehmen

**Mit einem im Dezember 2010 vom Landtag NRW verabschiedeten Gesetz sind die wirtschaftsrechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnung geändert worden. Das betrifft die Vereinfachung der Kommunalaufsicht, Erleichterungen der energiewirtschaftlichen Betätigung und die Aufsichtsratsbesetzung.**

### 1. Überblick

Die Änderungen sind am 29.12.2010 in Kraft getreten. Enthalten ist zunächst unter Rückkehr zu einer schon früher geltenden Gesetzesformulierung eine Vereinfachung bei der Abgrenzung der öffentlichen Zweckbestimmung.

Ferner wird mit den Änderungen eine besondere Regelung der privatwirtschaftlichen Betätigung auf dem Gebiet der Energiewirtschaft eingeführt und die neue Möglichkeit geschaffen, in einem gesetzlich nicht vorgeschriebenen (fakultativen) Aufsichtsrat einer kommunalen Gesellschaft auch Arbeitnehmervertreter zuzulassen.

### 2. Wegfall des Kriteriums „dringend“ bei der Bestimmung des öffentlichen Zwecks

In § 107 der Gemeindeordnung NRW (GO) ist der für die Gründung und Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen bisher notwendige „dringende“ öffentliche Zweck

ersetzt worden durch die zuvor langjährig geltende Formulierung, dass lediglich ein „öffentlicher Zweck“ vorliegen muss. Grund hierfür ist, dass die Feststellung der Dringlichkeit in der Praxis Probleme mit sich gebracht und so tendenziell zu einer Erschwerung der Gründung von Unternehmen durch die Kommunen geführt hatte. Denn um bisher den „dringenden“ öffentlichen Zweck darlegen zu können, waren gegenüber den Aufsichtsbehörden oft wortreiche Begründungen erforderlich, die sich allein dem Grad der Notwendigkeit der Betätigung widmeten. Dabei war oft unstrittig, dass ein öffentlicher Zweck gegeben war, der Streit entzündete sich allein an dem nunmehr wieder entfallenen Wort „dringend“.

Da hierfür griffige und einfache Abgrenzungskriterien kaum zu finden waren, war die Vorschrift wenig praxistauglich. Sie verlieh den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit, Vorhaben allein wegen dieses stark auslegungsbedürftigen Kriteriums abzulehnen oder zu verzögern.

**Zwischenergebnis:** Die nunmehr wiederhergestellte alte Fassung beseitigt diese praktischen Schwierigkeiten und soll laut Gesetzesbegründung zu einer Vereinfachung der kommunalaufsichtsrechtlichen Verfahren führen.

### 3. Energiewirtschaftliche Betätigung

Eingeführt wurde ein neuer § 107a GO, in dem nunmehr die energiewirtschaftliche Betätigung gesondert und unabhängig von § 107 GO geregelt ist. Sie ist damit insgesamt zulässig, ohne dass nachzuweisen ist, dass die Tätigkeit nicht von privaten Unternehmen besser oder gleich gut erledigt werden kann (Subsidiarität).

Dies galt für den klassischen Bereich der Energieerzeugung und -verteilung auch bisher schon. Neu ist, dass die Subsidiarität nunmehr ebenfalls für die sog. energienahen Betätigungen entfallen ist (Gesetzeswortlaut: mit der Energieversorgung „unmittelbar verbundene Dienstleistungen“). Hierunter fallen auch die in jüngster Zeit vielfach

ins Blickfeld geratenen Dienstleistungen im Zusammenhang mit alternativen Energieformen (Fotovoltaik, Biogas und Blockheizkraftwerk). Für Kommunen interessant sind hier vor allem die Planung, Entwicklung und Realisierung solcher Energieversorgungskonzepte.

Bisher waren sämtliche energiewirtschaftlichen Aktivitäten der Gemeinde durch Erstellung einer Marktanalyse zu hinterlegen, die den Selbstverwaltungsorganisationen (IHK, Handwerkskammer etc.) zur Stellungnahme und dem Rat zur Unterrichtung vorzulegen war. In dieser Analyse waren z.T. umfangreiche Ausführungen zum Unternehmensgegenstand und zur Marktsituation notwendig.

Für den nun eigenständig in § 107a GO geregelten Energiebereich (Kerngeschäft und Dienstleistungen) entfällt die Erstellung der Marktanalyse jetzt ebenso wie die Vorlage an die Selbstverwaltungsorganisationen. Das Gesetz verlangt lediglich bei energienahen Dienstleistungen noch eine Berücksichtigung der Belange von Handwerk und Kleingewerbe durch die Gemeinde.

Wie diese Berücksichtigung ausgestaltet wird, entscheidet nunmehr die Gemeinde. Vorgaben enthält das Gesetz nicht mehr. Die damit verbundene Erleichterung der energiewirtschaftlichen Tätigkeiten ist nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich gewollt.

**Hinweis:** Erlaubt ist wie bisher die überörtliche Tätigkeit, ausdrücklich zulässig ist jetzt auch die Betätigung auf ausländischen Märkten, die jedoch eine Genehmigung erfordert.

### 4. Arbeitnehmervertreter in fakultativen Aufsichtsräten

In § 108a GO wird erstmals die Möglichkeit der Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats unter Beteiligung von Arbeitnehmervertretern des Unternehmens gesetzlich geregelt. Dies ist ausdrücklich aber nur ein Angebot an die Gemeinden, keineswegs eine Verpflichtung, eine sol-

**Wortreiche Begründungen zur Dringlichkeit der Betätigung dürften nach neuer Rechtslage entbehrlich sein.**

che Gestaltung wählen zu müssen, sobald ein fakultativer Aufsichtsrat eingerichtet wird.

Die Einzelheiten der Regelung sollen sicherstellen, dass der nach § 108 GO für eine Gründung/Beteiligung zwingend erforderliche Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft auch bei der Entsendung von Arbeitnehmervertretern gewahrt bleibt.

**Empfehlung:** Direkte Konsequenzen ergeben sich für Unternehmen, bei denen schon heute Arbeitnehmervertreter in einem fakultativen Aufsichtsrat vertreten sind. Diese Gesellschaften werden ihre Satzungsregelungen auf die Vereinbarkeit mit der neuen gesetzlichen Regelung hin überprüfen müssen.

***Für die energiewirtschaftliche Betätigung wurden erhebliche Erleichterungen beschlossen.***

## 5. Zusammenfassung

Der Fortfall des Zusatzes „dringend“ beim öffentlichen Zweck des § 107 GO erleichtert die Gründung kommunaler Unternehmen.

Energiewirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden unterliegen nunmehr auch hinsichtlich energienaher Dienstleistungen nicht mehr dem Subsidiaritätsgebot. Die Erstellung von Marktanalysen ist für diese Unternehmensgründungen oder Beteiligungen nicht mehr verpflichtend.

Für die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in fakultativen Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen wurde eine gesetzliche Grundlage geschaffen.

## Impressum

**PKF Deutschland GmbH** Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Jungfernstieg 7 | 20354 Hamburg | Tel. +49 (0) 40 355 52-0 | Fax +49 (0) 40 355 52-222

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

Die Inhalte der PKF\* Themen Öffentlicher Sektor können weder eine umfassende Darstellung der jeweiligen Problemstellungen sein noch den auf die Besonderheiten von Einzelfällen abgestimmten steuerlichen oder sonstigen fachlichen Rat ersetzen. Wir sind außerdem bestrebt sicherzustellen, dass die Inhalte der PKF\* Themen Öffentlicher Sektor dem aktuellen Rechtsstand entsprechen, weisen aber darauf hin, dass Änderungen der Gesetzgebung, der Rechtsprechung oder der Verwaltungsauffassung immer wieder auch kurzfristig eintreten können. Deshalb sollten Sie sich unbedingt individuell beraten lassen, bevor Sie konkrete Maßnahmen treffen oder unterlassen.

\*PKF Deutschland GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist ein Mitgliedsunternehmen des PKF International Limited Netzwerks und in Deutschland Mitglied eines Netzwerks von Wirtschaftsprüfern gemäß § 319 b HGB. Das Netzwerk besteht aus rechtlich unabhängigen Mitgliedsunternehmen. PKF Deutschland GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft übernimmt keine Verantwortung oder Haftung für Handlungen oder Unterlassungen einzelner oder mehrerer Mitgliedsunternehmen. Die Angaben nach der Dienstleistungsinformationspflichten-Verordnung sind unter [www.pkf.de](http://www.pkf.de) einsehbar.