

Versorgung

- Fragen der Beendigung und des Neuabschlusses von Straßenbeleuchtungsverträgen

Steuerrecht

- Zusammenfassung von Betrieben gewerblicher Art (BGA)

Sonderthema: Compliance

- Anmerkungen zu dem brisanten, aber oft nicht ausreichend wahrgenommenen Thema „Compliance“

Sonderthema: Compliance

- Die Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980)



Dr. Peter Kraushaar
WP, StB
02151 508 400
kraushaar@bpg.de



Ludger Fangmann
StB
02151 508 463
fangmann@bpg.de



Michael Freytag
Diplom-Volkswirt
02151 508 425
freytag@bpg.de



Tobias Adelfang
WP
02151 508 474
adelfang@bpg.de

Fragen der Beendigung und des Neuabschlusses von Straßenbeleuchtungsverträgen

von Dr. Peter Kraushaar BPG

Im Zusammenhang mit dem Auslaufen und dem Neuabschluss von Stromkonzessionsverträgen stellen sich oft auch die nachfolgenden Fragen der zukünftigen Regelung der Straßenbeleuchtung:

Im Rahmen welcher rechtlichen Rahmenbedingungen kann die Kommune

- den bestehenden Vertrag verlängern,
- mit dem gleichen Auftragnehmer einen neuen Vertrag abschließen,
- einen Vertrag ggf. nach Durchführung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens mit einem neuen Vertragspartner abschließen oder
- die Straßenbeleuchtung zukünftig ganz oder teilweise in Eigenregie durchführen und
- welche Vertrags- und Leistungsstrukturen kommen im Einzelnen in Betracht?

Vor Änderung der gesetzlichen Grundlagen für den Abschluss von Stromkonzessionsverträgen und Regelung der dafür durchzuführenden besonderen Vergabeverfahren durch das EnWG (insbesondere § 46 Abs. 2 und 3) waren Stromkonzessions- und Straßenbeleuchtungsverträge oft rechtlich miteinander verknüpft. Die in den letzten Jahren durch das Auslaufen von Stromkonzessionsverträgen in Gang gesetzte Rekommunalisierungsdebatte erstreckt sich infolgedessen auch auf das Feld der Straßenbeleuchtung.

Technisch, organisatorisch und wirtschaftlich sind die Straßenbeleuchtungsanlagen – in der Regel bestehend aus dem Straßenbeleuchtungsnetz und den Leuchtstellen – mit dem Stromnetz verbunden. Das Straßenbeleuchtungsnetz (Kabelnetze, Schaltschränke, Sicherungskästen, Freileitungen) ist an das Stromverteilnetz angeschlossen. Die aus Fundamenten, Masten, Leuchten, Lampen und elektrische Ausrüstung bestehenden Leuchtstellen werden über das Stromverteilernetz mit Energie versorgt.



Unterschiedliche vertragliche Gegebenheiten

Die in der Praxis anzutreffenden Straßenbeleuchtungsverträge unterscheiden sich insbesondere hinsichtlich der Vertragsgegenstände (Betrieb, Unterhaltung, Stromlieferung, Erneuerung und Erweiterung), der Preis- und Preisanpassungsregeln, der Vertragslaufzeiten und Kündigungsbestimmungen sowie der Eigentums- und Endschaftsregelungen. Oft sind die Verträge schon vor Jahrzehnten abgeschlossen und im Laufe der Vertragsjahre durch Nachtrags- und Änderungsvereinbarungen weiter entwickelt worden. Die Vertragslaufzeiten und die Kündigungsregelungen sind, soweit die Vertragspartner die Gleichen sind, meist mit denen der Stromkonzessionsverträge identisch.

Vom besonderen Belang für die Vorgehensweise und die im Zusammenhang mit der Beendigung bestehender und dem Abschluss neuer Straßenbeleuchtungsverträge zu treffenden Entscheidungen sind aus Sicht der Kommunen vor allem die Eigentums- und Endschaftsregelungen der auslaufenden Verträge. Eine typisch und häufig vorkommende Vertragssituation ist, dass das beauftragte Versorgungsunternehmen Eigentümer der Straßenbeleuchtungsanlage und gleichzeitig Stromnetzbetreiber ist und die Endschaftsregelung im Straßenbeleuchtungsvertrag an die im Stromkonzessionsvertrag angelehnt oder sogar gleich ist.

Eine besondere Problematik entsteht, wenn – was in vielen seit Jahren „parallel“ zu den Stromkonzessionsverträgen laufenden Straßenbeleuchtungsverträgen der Fall ist – die Endschaftsregelung gleichlautend der im Stromkonzessionsvertrag den Sachzeitwert als von der Kommune zu entrichtenden Kaufpreis für die übernommenen Beleuchtungsanlagen bestimmt und die Kommune ein Erwerbsrecht und der Vertragspartner ein Andienungsrecht hat.

Anders als im Energierecht gibt es keine gesicherte Rechtsprechung, die den Ertragswert des Kaufgegenstandes als Quasi-Obergrenze für die Kaufpreisbestimmung definiert. Konstellation der Vertragspartner, Vertrags- und Leistungsstruktur und Wettbewerbsrelevanz bei Straßenbeleuchtungsverträgen (als öffentlichen Aufträgen) einerseits und bei Konzessionsverträgen andererseits sind diesbezüglich aber auch nur



sehr bedingt vergleichbar. Der Konzessionär eines Stromkonzessionsvertrages „verkauft“ seine Leistung (Durchleitung von Strom) an den Stromhändler. Dahingehend erbringt der Auftragnehmer eines Straßenbeleuchtungsvertrages seine Leistung an den Auftraggeber, d. h. die beleuchtungspflichtige Kommune.

Gleichwohl kann argumentiert werden, dass die der einschlägigen Rechtsprechung (insbesondere „Kaufering“) zugrunde liegende wettbewerbliche Überlegung, Sachzeitwertregeln wegen deren prohibitiven Charakters für unzulässig zu erklären, auch im Hinblick auf Endschaftsregelungen in Straßenbeleuchtungsverträgen angezeigt sind, soweit diese geeignet sein sollten, einen Wettbewerb um Straßenbeleuchtungsverträge bzw. die Wahlfreiheit der Kommune bezüglich der künftigen Regelung der Straßenbeleuchtung zu behindern. Wenn aufgrund der bestehenden Endschaftsregelung unter finanziellen Aspekten (aus Sicht einer zur Haushaltsdisziplin verpflichteten Kommune) nur eine Fortsetzung des Straßenbeleuchtungsvertrages mit dem alten Vertragspartner in Betracht kommt und der Kommune die Eigenregie oder die Beauftragung eines neuen Dienstleisters unmöglich gemacht ist, könnte darin eine prohibitive Wirkung gesehen werden.

Verschärft wird diese Problematik insbesondere, wenn und soweit während der Vertragslaufzeit des aktuellen Vertrages von der Kommune Zuschüsse zum Ausbau von Straßenbeleuchtungsnetzen geleistet oder die Erneuerung und Erweiterung von Straßenbeleuchtungsanlagen (Netze und Leuchtstellen) neben einem pauschalen Entgelt für Betrieb und Unterhaltung gesondert nach Aufwand oder mit festgelegten Einheitspreisen abgerechnet worden ist, gleichwohl aber eine Anpassung der Sachzeitwertregeln im Sinne einer Verrechnungspflicht von Zuschüssen und Kostenübernahmen nicht oder nicht hinreichend klar vereinbart bzw. die Endschaftsregelung entsprechend angepasst ist.

In der Praxis ist es häufig sehr schwierig, für die Vergangenheit genau festzustellen, ob und in welchem Umfang eine Kommune Straßenbeleuchtungsanlagen, die sie nach der geltenden Endschaftsregelung gegen Kaufpreis zu übernehmen hat, über Zuschüsse und/oder Kostenübernahmen bereits ganz oder teilweise bezahlt hat. Grund für diese Schwierigkeiten ist, dass sich Zuschuss- und Kostenübernahmepaxis im Laufe der

Vertragsjahre geändert haben und die in der Rechnungslegung der Kommune erfassten Zahlungsbeträge bzw. Nutzungsdauerabhängige Restbeträge unterschiedlich zum Zahlenwerk der Auftragnehmer sind.

Bei Einstieg in Verhandlungen über den Erwerb von Straßenbeleuchtungsanlagen sind häufig die folgenden Fragen zunächst strittig:

- besteht ein Anspruch auf Kürzung der Sachzeitwerte um in der Vergangenheit seitens der Kommune geleisteten Zuschüssen und Kostenübernahmen?
- Wenn ja, sind Zuschüsse und Kostenübernahmen quotial entsprechend ihrem Anteil an den historischen Anschaffungs- oder Herstellungskosten oder nominell entsprechend der ausgezahlten Beträge vorzunehmen?
- Auf welche Nutzungsdauer sind Zuschüsse und Kostenübernahmen ggf. zu verteilen?

Es sind auch Verträge anzutreffen, in denen während der Vertragslaufzeit erfolgten Bezuschussungen und Kostenübernahmen dadurch Rechnung getragen wird, dass Straßenbeleuchtungsanlagen oder Teile von Straßenbeleuchtungsanlagen (z. B. Leuchtstellen) unter ganzer oder teilweiser Verrechnung geleisteter Zuschüsse und Kostenübernahmen oder – manchmal beschränkt auf bestimmte Anschaffungsjahre – unentgeltlich zu übertragen sind.

Lösungen für die Übernahme/Übertragung der Straßenbeleuchtungsanlagen in der Praxis

Die vorstehend dargestellten häufig auch vom Sachverhalt her unklaren Situationen sind in der Praxis sehr häufig anzutreffen. Die Vertragspartner versuchen dann in der Regel, eine für beiden Seiten akzeptable Verhandlungslösung zu erreichen.

Häufig sind die Kommunen – vorbehaltlich der vergaberechtlichen Zulässigkeit – an einer direkten Neubeauftragung des gleichen Versorgungsunternehmens (insbesondere wenn es auch weiterhin Konzessionsnehmer für die Stromkonzession ist) interessiert. Die Kommunen sollten dann aber im Hinblick auf die Endschaftsregelungen im auslaufenden Vertrag (insbesondere wenn sie rechtlich fragwürdig und/oder wirtschaftlich nachteilig für



die Kommune sind) darauf bedacht sein, einen neuen kommunalfreundlichen Vertrag auszuhandeln, in dem insbesondere die Abrechnungspraxis und Endschaftsregelungen sachgerecht, rechtlich belastbar und wirtschaftlich angemessen aufeinander abgestimmt sind und zumindest geregelt ist, dass gesondert abgerechnete und dadurch bereits bezahlte Straßenbeleuchtungsanlagen oder Teile von Straßenbeleuchtungsanlagen bei Beendigung des Vertrages unentgeltlich auf die Kommune zu übertragen sind.

In einem (Re)Kommunalisierungsfall wird die jeweilige Kommune allerdings eine Eigenregie verbunden mit Beauftragungen an ein eigenes Stadtwerk anstreben. In diesen Fällen ist dann eine Auseinandersetzung auf Basis der Endschaftsregelungen des laufenden Vertrages unvermeidlich.

Vergaberechtliche Situation

Während die Vergabe von Stromkonzessionen den besonderen Regelungen des Energiewirtschaftsrechts unterworfen ist und das Verfahren zur Neuvergabe von Konzessionen an den strengen Vorgaben von § 46 Abs. 2 und 3 auszurichten ist, handelt es sich bei Straßenbeleuchtungsverträgen um öffentliche Aufträge, die den objektiven und subjektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen. Die Kommune als beleuchtungspflichtige Körperschaft vergibt einen öffentlichen Auftrag gemäß § 99 GWB. Soweit der Auftragswert, was bei länger laufenden Verträgen mit Vertragsgegenständen, die Betrieb und Unterhaltung umfassen, in der Regel der Fall ist, die Schwellenwerte überschreitet, hat die Kommune als öffentliche Auftraggeberin den Vertrag entsprechend der Vorgabe des vierten Abschnitts des GWB öffentlich auszuschreiben.

Eine Direktvergabe (z. B. an den bisherigen Auftragnehmer) ist nur zulässig, wenn der Ausnahmetatbestand eines so genannten Ausschließlichkeitsrechts vorliegt. Nach der einschlägigen Rechtsprechung kann auch das Eigentum von den für die Auftragsdurchführung notwendigen Anlagen (also an den Straßenbeleuchtungsanlagen) ein Ausschließlichkeitsrecht begründen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011).

Die Versorgungsunternehmen, insbesondere wenn sie Inhaber der Stromkonzession sind, berufen sich sehr gerne auf ihr Ausschließlichkeitsrecht. Auch Kommunen ist häufig



an einer Identität von Netzbetreiber und Auftragnehmer der Straßenbeleuchtung interessiert und möchte hierzu ohne den Zwang eines vorherigen wettbewerblichen Verfahrens einen möglichst günstigen Vertrag abschließen.

Aufgrund der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen dürfte dies aber nicht ohne Weiteres immer möglich sein. Mit guten Argumenten dürfte das Ausschließlichkeitsrecht des Eigentümers der Straßenbeleuchtungsanlagen vertreten werden können, wenn die Kommune aus objektiven technisch-organisatorischen und finanziellen (Haushaltsaspekten) vorliegenden Gründen, eine Übernahme der Straßenbeleuchtungsanlagen nicht in Betracht ziehen will bzw. ihr eine solche Übernahme z. B. wegen entsprechender Restriktionen in ihrem kommunalen Haushalt nicht möglich ist. Andererseits muss dann das Versorgungsunternehmen darauf verzichten, die Kommune zur Übernahme der Netze zu verpflichten.

Ein Ausschließlichkeitsrecht wird man aber z. B. dann nicht oder nur schwer begründen können, wenn der Auftragnehmer zur unentgeltlichen Übertragung der Netze verpflichtet ist oder die Endschaftsregelungen es der Kommune ermöglichen, die Straßenbeleuchtungsanlagen zu wirtschaftlich und finanziell für sie vertretbaren Bedingungen zu übernehmen bzw. einen im wettbewerblichen Verfahren ausgewählten Dritten zu einer entsprechenden Übernahme zu verpflichten.

Fazit

Deutlich ist das bestehende Spannungsverhältnis zwischen den Endschaftsregelungen in bestehenden Verträgen und der Geltendmachung eines vergaberechtlichen Ausschließlichkeitsrechts. Einer Kommune ist angesichts des Auslaufens eines Straßenbeleuchtungsvertrages zu raten, zunächst ungeachtet der rechtlichen Rahmenbedingungen unter wirtschaftlichen Aspekten zu prüfen, ob

- ein wettbewerbliches Verfahren und eine Neuvergabe des Auftrages sinnvoll ist,
- die Eigenregie als Inhouse-Lösung ggf. in Verbindung mit der Vergabe von Unteraufträgen unterhalb der Schwellenwerte in Frage kommt oder
- die Weiterbeauftragung des derzeitigen Auftragnehmers vorzugswürdig ist.

Nach einer Grundsatzentscheidung über die vorzugswürdige Vorgehensweise sind die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Umsetzung zu prüfen. Sollte die Neubeauftragung des Vertragspartners des auslaufenden Vertrages unter Verzicht auf ein vorheriges wettbewerbliches Verfahren die vorteilhafteste Lösung sein, so sollten zunächst sorgfältig geprüft werden, ob die Berufung auf ein Ausschließlichkeitsrecht rechtssicher möglich ist. Bei Bejahung dieser Frage ist dann eine im Hinblick auf die Preisgestaltung und die Endschaftsregelung möglichst kommunalfreundlicher Vertrag auszuhandeln.

In (Re)Kommunalisierungsfällen ist darauf zu achten, dass Direktvergaben nur bei Vorliegen der Inhouse-Voraussetzungen möglich sind. Soweit dies z. B. wegen Drittgeschäfts im Versorgungsbereich und/oder schädlicher Drittbeteiligung nicht der Fall ist, ist der Straßenbeleuchtungsvertrag (z. B. im Zusammenhang mit der Auswahl eines strategischen Partners) auszuschreiben.

Kontakt für weitere Informationen:



Dr. Peter Kraushaar
BPG Krefeld
Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Tel: 02151/508420
E-Mail: kraushaar@bpg.de



Zusammenfassung von Betrieben gewerblicher Art (BgA)

von Ludger Fangmann und Dr. Peter Kraushaar, BPG

Seit geraumer Zeit wird mit Spannung die Verwaltungsauffassung des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) zur Zusammenfassung von Betrieben gewerblicher Art (BgA) aufgrund einer engen wechselseitigen technisch-wirtschaftlichen Verflechtung erwartet. Das BMF hat nunmehr den kommunalen Verbänden unter dem 24.07.2014 den Entwurf eines BMF Schreibens zur Zusammenfassung von BgA mittels eines Blockheizkraftwerks (BHKW) nach Maßgabe des § 4 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 KStG mit der Bitte um Stellungnahme zugeleitet.

Für die Beurteilung des Vorliegens eines nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse objektiven Bestehens einer engen wechselseitigen technisch-wirtschaftlichen Verflechtung von einigem Gewicht sind die Verhältnisse des Einzelfalls maßgebend, wobei die folgenden Grundsätze zu beachten sind:

Grundsätzlich ist sowohl ein mobiles als auch ein stationäres BHKW grundsätzlich geeignet, im Einzelfall die Zusammenfassung eines Bades oder einer anderen Einrichtung, die Wärme- und Strombedarf hat, mit einem Energieversorgungs-BgA zu begründen. Voraussetzung ist, dass das mobile BHKW mehr als 50 % seiner Wärmeleistung im Jahr an das Bad abgibt.

Auch ein Freibad-BgA kann auch mit einem Energieversorgungs-BgA zusammengefasst werden, selbst wenn das Freibad nur in der Sommersaison geöffnet ist.

Bei dem Energieversorgungs-BgA muss es sich um einen Endkundenversorger oder ein Netzbetriebsunternehmen handeln.

Das Merkmal der Gewichtigkeit ist aus Sicht des Bades erfüllt, wenn die vom BHKW erzeugte Wärme zu mindestens 80 % an das Bad geliefert wird. Im Falle eines mobilen BHKW beträgt dieser Schwellenwert 50 % und ist in der Zeit zu erfüllen, in der das BHKW beim Bad betrieben wird.



Bei dem Energieversorgungs-BgA ist Gewichtigkeit gegeben, wenn die vom BHKW erzeugte Stromkapazität den Eigenbedarf des Bades an Strom um mindestens 20 % übersteigt.

Die Wirtschaftlichkeit des BHKW ist mit einem VDI-Gutachten nachzuweisen.

Erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Inbetriebnahme ist die Zusammenfassung der BgA mittels eines BHKW anzuerkennen.

Diese oben beschriebenen Grundsätze sind auch anzuwenden, wenn es sich nicht um BgA sondern vielmehr um Tätigkeitsbereiche innerhalb von Eigengesellschaften oder um unterschiedliche Eigengesellschaften, die mittels Gewinnabführungsvertrag zusammengefasst werden sollen, handelt.

Laut Entwurf des Schreibens soll eine Zusammenfassung (und damit Verrechnung der Ergebnisse) nur noch möglich sein, wenn der Versorgungsbetrieb eine Stromversorgungssparte unterhält und die Wertschöpfungsstufen Vertrieb und/oder Netzbetrieb bestehen. Bisher vielfach praktizierte Querverbünde von Wasserversorgungsbetrieben, die ein BHKW mit einem Bäderbetrieb betreiben, haben deshalb zukünftig keine Chance auf steuerliche Anerkennung (vorbehaltlich von Bestandsschutzregelungen bestehender derartiger Querverbünde).

Mit Verfügung vom 23.12.2012 hatten die Oberfinanzdirektionen in Münster und Rheinland die Erteilung von verbindlichen Auskünften im Zusammenhang mit BgA wegen gegenseitiger technisch-wirtschaftlicher Verflechtung von einigem Gewicht untersagt.

Nunmehr hat das Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen gegenüber der Oberfinanzdirektion NRW verfügt, dass keine Bedenken bestehen, auf der Grundlage des BMF-Entwurfs verbindliche Auskünfte zu erteilen.

Die Aufhebung der Auskunftssperre ist zu begrüßen. Gleichwohl wird man sich in vielen Fällen die Frage stellen müssen, wann der richtige Zeitpunkt für einen Auskunftsantrag gegeben ist.



Insbesondere, wenn das beabsichtigte technisch-wirtschaftliche Konzept nicht oder nicht vollständig im Einklang mit den Anforderungen des Entwurfs des BMF-Schreibens steht, ist zu überlegen, ob man das Ergebnis (wahrscheinlich) der letzten Anhörung der Verbände abwartet oder gleich auf die Übergangsregelung setzt, der zufolge das Vorliegen der Zusammenfassungsvoraussetzungen für bis zum 31.12.2015 verwirklichte Sachverhalte nach bisher geltenden Grundsätzen erfolgt.

Kontakt für weitere Informationen:



Ludger Fangmann
BPG Krefeld
Steuerberater
Tel: 02151/508476
E-Mail: fangmann@bpg.de



Dr. P. Kraushaar
BPG Krefeld
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Tel: 02151/508420
E-Mail: kraushaar@bpg.de



Anmerkungen zu dem brisanten, aber oft nicht ausreichend wahrgenommenen Thema „Compliance“

von Michael Freytag BPG

1. Begriff und Ziel von Compliance

Während bei Großunternehmen mittlerweile Compliance Management Systeme (CMS) installiert sind (nicht zuletzt wegen spektakulärer Korruptionsfälle), geschieht dies bei mittleren und kleineren Unternehmen der Privatwirtschaft und auch der öffentlichen Hand nur sehr zögerlich. Dies mag im Wesentlichen daran liegen, dass den Organen dieser Unternehmen nicht klar ist, warum konkret ein solches CMS installiert werden muss und welche Folgen es haben könnte, wenn dem nicht oder nur sehr unvollständig nachgekommen wird.

Compliance bedeutet die Einhaltung von Gesetzen, regulatorischen Anforderungen und Kodizes sowie der darauf ausgerichteten Organisationsgrundsätze und internen Richtlinien durch das Unternehmen, seine Organe und Mitarbeiter. Der Bereich Compliance umfasst auch die Einhaltung eigener ethischer Verhaltenskodizes und anderer nicht-gesetzlicher Regelungen. Er zielt auf die Sicherstellung eines regelkonformen Verhaltens seiner Vertreter und der Mitarbeiter; das Risiko von Regelverstößen soll hierdurch minimiert werden.

Ein funktionierendes CMS muss gewährleisten, dass Risiken für wesentliche Regelverstöße rechtzeitig erkannt bzw. dass Regelverstöße verhindert oder minimiert werden. Die wichtigsten Ziele sind die Risikominimierung sowie Effizienz- und Effektivitätssteigerung. Wegen der Besonderheiten kommunaler Unternehmen können sich dort – wie vorstehend bereits ausgeführt – bei der Erstellung eines CMS besondere branchentypische Compliance-Anforderungen ergeben. Die Errichtung eines CMS ist demzufolge mit einem erheblichen Aufwand verbunden.



2. Gesetzliche Regelungen

Es gibt in Deutschland bisher kein einheitliches, verpflichtendes Rahmenkonzept für ein CMS. Verschiedene gesetzliche Vorschriften regeln aber bereits diesbezügliche Pflichten und Verantwortlichkeiten eines Unternehmens. Beispielsweise ergibt sich eine Pflicht zur Sicherstellung der Compliance aus §§ 91, 93 AktG sowie § 43 GmbHG. Darüber hinaus müssen Unternehmen und deren Organe entsprechend den §§ 9, 30 und 130 des OWiG Gesetzesverstöße aus dem Unternehmen heraus verhindern.

Im öffentlichen Sektor ergeben sich aufgrund weiterer Bestimmungen (etwa in § 48 des Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern und §§ 662 ff. 280 Abs. 1 des BGB) vergleichbare Pflichten und Verantwortungen für die Verbandsvorsitzenden von Zweckverbänden, die Vorstände von Anstalten des öffentlichen Rechts und die Eigenbetriebsleiter.

Gegenstand von Unternehmen der öffentlichen Hand und von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind in der Regel wirtschaftliche Aufgaben der Daseinsvorsorge und originär hoheitliche Aufgaben. Nicht zuletzt dieser besonderen Geschäftsfelder wegen ist der Compliance-relevante Rechtsrahmen besonders ausgeprägt. Öffentliche Unternehmen agieren in besonders sensibler Weise in dem Spannungsfeld von Vergabe-, Kartell-, Beihilfe und Steuerrecht. Hinzu kommen je nach Aufgabenspektrum spezielle verwaltungsrechtliche Vorgaben, beispielsweise des Abfall-, Wasser und des Energierechts sowie des Energiewirtschaftsrechts.

Der Bund, nahezu alle Bundesländer und viele Kommunen haben Beteiligungsrichtlinien oder Leitlinien für die in öffentlichen Unternehmen tätigen Aufsichts- und Verwaltungsräte erlassen (Beispielweise der Public Governance-Kodex des Landes NRW (Stand 19.03.2013)).

Die in diesen Kodizes enthaltenen Regelungen sind jedoch relativ vage gehalten. Konkreter werden hingegen die Runderlasse einzelner Bundesländer zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung. Das Korruptionsgesetz des Landes NRW vom 16.12.2005 gilt z.B. neben den Gemeinden und Gemeindeverbände für die



- Mitglieder der Organe der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstellten Körperschaften,
- Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und
- die juristischen Personen und Personenvereinigungen, bei denen die absolute Mehrheit der Anteile oder die absolute Mehrheit der Stimmen den öffentlichen Stellen zusteht oder deren Finanzierung zum überwiegenden Teil durch Zuwendungen solcher Stellen erfolgt.

Bemerkenswert ist, dass dieser Runderlass nicht nur für die vorstehenden aufgeführten Adressaten Geltung hat, sondern auch für „die natürlichen und juristischen Personen und Personenvereinigungen, die sich um öffentliche Aufträge bei öffentlichen Stellen“ bewerben; also auch für privatrechtliche Unternehmen mit Liefer- und Leistungsbeziehungen zum öffentlichen Sektor.

3. Mögliche Sanktionen bei Nichtbeachtung von Compliance

Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die sich aus dem rechtlichen Rahmen ergebenden Sorgfaltspflichten betreffen aktuell in erster Linie die gesetzlichen Vertreter der Unternehmen. Sanktionen werden insbesondere dann verhängt, wenn im Unternehmen keine ausreichenden Maßnahmen zur Verhinderung von Verstößen vorhanden sind. So besteht nach dem AktG und dem GmbHG eine zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleitung und der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft, aber darüber hinaus auch eine straf- und ordnungsrechtliche Haftung dieser Organe gegenüber Dritten. Diese Vorschriften gelten vielfach analog für öffentliche Unternehmen. Bei diesen kann sich zusätzlich eine Haftung der Betriebsleitung/Vorstände für Schäden entsprechend den Regelungen der Landesbeamtengesetze bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen ergeben.



Die Sanktionen können schwerwiegend sein; so wird etwa in § 130 OWiG ausgeführt:

„Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

(2) Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden...“

Bei öffentlichen Unternehmen, die gemäß Absatz 2 in den Geltungsbereich dieser Vorschrift fallen, ist wegen des großen Umfangs des Compliance-relevanten Rechtsrahmens die Bedeutung des § 130 OWiG besonders groß.

Nicht nur die Organe, sondern auch die Unternehmen selbst sind in vielfältiger Weise in der Haftung bzw. erleiden wirtschaftliche Nachteile, wenn gesetzliche Vorschriften nicht ausreichend beachtet werden. Als Beispiele aus einer großen Palette von derartigen Nachteilen im öffentlichen Sektor sind neben Schadenersatzforderungen die Nichtigkeit von Vertragswerken, (z.B. Konzessionsverträgen) und Zuwendungsbescheiden, die „Abschöpfung“ von durch Verstöße erzielten Gewinnen (etwa bei zu hohen Selbstkostenpreisen), die Rückzahlung von Beihilfen oder Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde gemäß §§ 30, 31 EnWG zu nennen.

Die „Haftung“ von Unternehmen könnte durch den vom Bundesland Nordrhein-Westfalen initiierten Gesetzesantrag *„Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“* eine neue Qualität erlangen. Nach jetzigem Kenntnisstand soll dieser Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuches (VerbStrG), noch in 2014 in das Gesetzgebungsverfahren



eingeführt werden. Anders als die meisten Staaten in Europa verfügt Deutschland bisher noch nicht über ein eigenes Verbandsstrafrecht.

Dieses Gesetz, nach dem nicht nur Personen, sondern auch Unternehmen strafrechtlich belangt werden können, soll ausdrücklich effektive Anreize zur Entwicklung und Pflege einer Kultur von Unternehmenscompliance setzen. Damit werden die Empfehlungen der OECD aufgegriffen, den Gerichten weitere Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen zur Verfügung zu stellen, um eine wirksame Abschreckung zu gewährleisten und insbesondere kleine und mittlere Unternehmen unter Berücksichtigung ihrer spezifischen Rahmenbedingungen darin zu bestärken, interne Kontrollsysteme sowie Ethik- und Compliance-Programme zu entwickeln. Der Druck zur Beachtung von Compliance wird sich also künftig permanent erhöhen. Siehe hierzu beispielsweise das geplante neue IT-Sicherheitsgesetz, wonach betroffene Unternehmen Angriffe auf ihre IT-Systeme beim Bundesamt für Informationstechnik (BSI) melden sollen.

Verbände im Sinne des VerbStrG sind juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts, also AG, GmbH, GmbH & Co. KG, KG und OHG, Körperschaften, Stiftungen, Anstalten und Eigenbetriebe.

Künftig sollen „Verbände“ strafrechtlich belangt werden, wenn

- Mitarbeiter in leitender Position durch ihr Tun oder Unterlassen Strafgesetzen mit unternehmerischem Bezug zuwiderhandeln
- diese Straftaten durch Mitarbeiter begangen werden und die Geschäftsführung nicht nachweisen kann, dass ein ausreichendes Compliance-System existiert.

Die Sanktionen sind zum Teil drastisch und sehen u.a. Geldstrafen, den Ausschluss von Subventionen oder von der Vergabe öffentlicher Aufträge und letztlich sogar die Unternehmensauflösung vor. Die Geldstrafe kann bis zu 10% des durchschnittlichen Gesamtumsatzes des Unternehmens betragen. Die im § 130 OWiG gesetzte Obergrenze von EURO Mio. 1 kann nunmehr deutlich überschritten werden.

Das Gericht kann jedoch gemäß § 5 VerbStrG von Sanktionen absehen, wenn ausreichende organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen worden sind, um



vergleichbare Straftaten in Zukunft zu vermeiden und wenn ein bedeutender Schaden nicht entstanden oder dieser zum überwiegenden Teil wieder gut gemacht ist. Die organisatorischen und personellen Maßnahmen sind auf Verlangen darzulegen und glaubhaft zu machen.

Sofern also nicht ausreichend Vorkehrungen getroffen werden, die Compliance-Verstöße generell hinreichend zu unterbinden, besteht die Gefahr, dass die aufgeführten Sanktionen wirksam werden. Es ist folglich dringend zu untersuchen, ob und wo ein Präventionsdefizit besteht. Vor dem Hintergrund der dargestellten Regelungen und Sanktionen empfiehlt es sich, kurzfristig ein CMS zu installieren bzw. ein bestehendes kritisch zu durchleuchten.

4. Organisation und Kontrolle von CMS

Im Rahmen dieses Artikels wird nicht näher auf die Anforderungen an ein funktionierendes CMS eingegangen. Hierzu haben wir einen gesonderten Artikel verfasst.

Prinzipiell kann zur Beurteilung, ob das vorhandene CMS den vielfältigen Anforderungen genügt der seit März 2011 geltende Prüfungsstandard PS 980 des Instituts der Wirtschaftsprüfer „*Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen*“ herangezogen werden. Eine Prüfung des CMS durch unabhängige Wirtschaftsprüfer kann dem objektiven Nachweis der ermessensfehlerfreien Ausübung der Leistungspflicht der Organe hinsichtlich der präventiven Sicherstellung der Gesetzeskonformität des Unternehmens dienen. Den gestiegenen Nachweis- und Dokumentationspflichten gegenüber den Aufsichtsorganen wird Rechnung getragen. Damit können Haftungsrisiken für die gesetzlichen Vertreter und die Aufsichtsorgane reduziert werden.

Bei einer solchen „Wirksamkeitsprüfung“ werden Mängel im System identifiziert und Verbesserungsmöglichkeiten aufgezeigt. Wie dargestellt, kann sich ein funktionierendes CMS bei Gesetzesverstößen mildernd auf die Festsetzung von Strafzahlungen durch Aufsichtsbehörden und Strafverfolgungsorganen auswirken. Insofern kann die Prüfung den Nachweis erleichtern, dass derartige Verstöße nicht wegen unzureichender oder

fehlender Aufsichts- oder Organisationsmaßnahmen aufgetreten sind. Dieser PS 980 kann aber auch als Richtschnur für die Errichtung eines CMS dienen.

Beispiel für Folgen aufgrund eines nicht ausreichenden CMS

Zur Verdeutlichung, welche Ausmaße Regelverstöße erreichen können, wenn keine ausreichenden Kontrollmechanismen zur Verfügung stehen, verweisen wir auf die beiden folgenden Artikel aus der MAZ Märkische Allgemeine Zeitung. Die BPG, die eine hohe Kompetenz im Bereich „Compliance“ und insbesondere Erfahrungen bei der Ermittlung bzw. Prävention von Wirtschaftskriminalität hat, deckte die dort beschriebenen Vorgänge auf. Bei Auftragserteilung ging der Aufsichtsrat des betroffenen Unternehmens lediglich von einigen „Gefälligkeiten“ des beschuldigten Geschäftsführers im Wert von ca. TEUR 30 aus.

„Brandenburg an der Havel. Hätte Karl May den Ex-Stadtwerkechef gekannt, müsste er seinen Ölprinzen nicht Grinley, sondern Schwarz nennen. Der schriftstellernde Sachse hat seinen Bösewicht Ölquellen verkaufen lassen, die es niemals gab. Selbst Mays rege Phantasie reichte nicht aus, um so viel Chuzpe und kriminelle Energie einem Menschen anzudichten, wie sie nun beim entlassenen Stadtwerkegeschäftsführer vermutet wird.

Wie aber hat er es nur angestellt, 534 000 Liter Heizöl lagert man doch nicht in der Garage. Zum Vergleich: In gewöhnliche Tanklastwagen passen zwischen 6000 und 19 000 Liter. Wo das Öl geblieben ist, wissen auch die Wirtschaftsprüfer noch nicht komplett, doch haben sie ganze Arbeit geleistet, was die Vorgehensweise von Schwarz betrifft. 2008 habe er die Mitarbeiter des Heizkraftwerkes informiert, das eine TÜV-Prüfung für den Öltank anstehe – tatsächlich gab es diese nicht. Zum Verständnis muss erklärt werden, das Kraftwerk arbeitet vorwiegend mit Gas, nur wenn dieses ausfällt, wird das Öl gebraucht – als Reserve sozusagen. „Herr Schwarz hat dann erklärt, dass das Öl verunreinigt ist und entsorgt werden muss“, heißt es im Bericht des Prüfers Michael Freytag an den Aufsichtsrat. 400.000 Liter Öl wurden zum Literpreis von 25 Cent verhökert, der Marktpreis lag bei 70 Cent.

„Weitere 134.000 Liter seien nach Ansicht von Herrn Schwarz so verunreinigt, dass sie entsorgt werden müssten. Im Rahmen der Ermittlung haben mehrere Mitarbeiter ausgesagt, dass das Öl nicht verunreinigt war und sie dies Herrn Schwarz auch mitgeteilt hätten“, heißt es im Bericht an das Aufsichtsgremium der Stadtwerke. Bis heute gebe es keinen Beleg für verunreinigtes Öl, schon gar keine Entsorgungsnachweise. Nach diesen Papieren haben Mitarbeiter – den Prüfern zufolge – mehrmals und vergebens bei Schwarz nachgefragt. „Insgesamt beträgt der Schaden aus dem Verkauf beziehungsweise der ‚Entsorgung‘ von circa 534.000 Litern Heizöl etwa 304.000 Euro. Der Verbleib des Öls ist bisher ungeklärt.“



Die Wirtschaftsprüfer haben zudem diese dreiste Vorgehensweise auch bei dem kleineren Heizwerk West auf dem ZF-Gelände wieder gefunden. Auch hier erklärte Schwarz im Jahr 2011 das Heizöl für schlecht, er ließ es „entsorgen“. Erst jetzt wurde bekannt, dass er dazu ein fingiertes Gutachten eingeholt hat. Alles andere wie bekannt: keine Entsorgungsnachweise, kein Wissen zum Verbleib des Öls. Schaden: 57 000 Euro. Richtig makaber wird es erst beim dritten Vorgang. Es geht um das Befüllen des vor fünf Jahren komplett entleerten Tanks im großen Heizkraftwerk Upstallstraße. „Seit der Komplettleerung 2008 wurden bis heute voraussichtlich 250 000 Liter Heizöl zwar bezahlt, aber nie in den Tank gefüllt.“ Das wäre auch schon früher aufgefallen, nach Erkenntnissen der Ermittler hat Schwarz diesen Umstand mit einem Trick verschleiert: Der automatische Füllstandsanzeiger in der Netzleitstelle war dauerhaft defekt.

Auf Anweisung seines Chefs musste ein Mitarbeiter bei der jährlichen Inventur per Computereingabe einen vorgegebenen Wert manipulieren. Fix ein Foto vom „Zählstand“ gemacht, fertig war der Beweis, dass der jeweilige Inventurwert „richtig“ sei. Ab damit in die Unterlagen, bislang hatte ja keiner näher hineingeschaut. „Insgesamt ist somit durch den ‚Komplex Heizöl‘ ein Schaden von etwa 515 000 Euro entstanden.“ (**Artikel vom 16.10.2013**).

„Mittlerweile sind 14 Firmen aus der Region in den größten Stadtwerkeskandal des Landes Brandenburg verwickelt. Neun Unternehmen waren bis Mitte November bekannt, von denen fünf sich zur Kooperation mit der Justiz sowie zur Wiedergutmachung bereit erklärt haben. Sie alle haben freiwillig oder unter Druck Scheinrechnungen beziehungsweise massiv überhöhte Rechnungen an die Stadtwerke gegeben, die vom Unternehmen auf Schwarz' Anweisung auch bezahlt wurden“ (**Artikel vom 17.12.2013**).

Kontakt für weitere Informationen:



Michael Freytag
BPG Krefeld
Diplom-Volkswirt
Tel: 02151/508425
E-Mail: freytag@bpg.de



Die Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980)

von Tobias Adelfang BPG

Seit März 2011 existiert der vom Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) verlautbarte Prüfungsstandard 980 „Prüfung von Compliance Management Systemen“ (PS 980). Der Prüfungsstandard umfasst die nachfolgend aufgeführten sieben Grundelemente, die von einem wirksamen Compliance Management System abgedeckt sein müssen:

- Compliance-Kultur
- Compliance-Ziele
- Compliance-Risiken
- Compliance-Organisation
- Compliance-Programm
- Compliance-Kommunikation
- Compliance-Überwachung und –Verbesserung

Der Prüfungsstandard gibt für diese sieben Elemente bewusst keine konkrete Ausgestaltung oder verpflichtende Compliance Maßnahmen vor, damit der jeweiligen Größe und Branche der Unternehmen Rechnung getragen werden kann. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass sich in der Praxis in den vergangenen Jahren ein Mindeststandard im Sinne eines „Good Practice“ herausgebildet hat, der die PS 980 konforme Ausgestaltung eines CMS definiert.

Der IDW PS 980 schafft damit über die reinen Prüfungsanforderungen hinaus erstmals ein einheitliches und damit vergleichbares Rahmenwerk für den deutschsprachigen Raum, an dem sich Unternehmen orientieren können. Es werden zudem Wege beschrieben, wie der Aufbau eines Compliance Management Systems durch einen Prüfer schrittweise begleitet werden kann: von der Konzeption bis hin zum Wirksamkeitsnachweis. Die Unternehmen haben die Möglichkeit, den Prüfungsgegenstand nach ihren individuellen Gegebenheiten einzugrenzen. Dazu zählt zum Beispiel die Festlegung der relevanten Rechtsgebiete/Teilbereiche (wie Anti-



Korruption, Kartellrecht usw.), der Stichtag einer Angemessenheitsprüfung beziehungsweise der Zeitraum einer Wirksamkeitsprüfung oder die Beschränkung auf einzelne Konzernbereiche. Die Geschäftsführung sowie die Aufsichtsorgane sind damit in der Lage, einen objektivierten Nachweis bzgl. ihrer Pflichten in Bezug auf Überwachung der Wirksamkeit des Compliance Managements zu erbringen.

Die Prüfung des Compliance Management-Systems nach IDW PS 980 hat sich in den vergangenen Jahren in der Praxis über alle Branchen und Unternehmensgrößen hinweg als Standard etabliert. Unternehmen möchten sich von einer Wirksamkeit ihres Compliance Management-Systems überzeugen und damit sicherstellen, dass Compliance-Verstöße möglichst verhindert beziehungsweise aufgedeckt und sanktioniert werden. Dies ist ein Ausdruck gelebter Corporate Governance. Darüber hinaus wird eine solche Prüfung auch als externer Nachweis gegenüber Stakeholdern durchgeführt, um damit Anforderungen von Kunden oder Lieferanten nachzukommen oder nach außen zu demonstrieren, dass sie ihre Sorgfaltspflicht erfüllen. Letztlich sehen viele die Möglichkeit, im Falle eines Verstoßes gegen Rechtsvorschriften mit einer solchen Bescheinigung die Haftung für das Unternehmen oder auch der Geschäftsführung beziehungsweise des Aufsichtsgremiums bei der Bußgeldbemessung zu reduzieren.

Zusammenfassung der Vorteile von CMS Prüfungen:

- Unabhängiges Urteil für Geschäftsführung sowie Aufsichtsorgane über Compliance-Risiken/Konzeption, Implementierung und Wirksamkeit des CMS;
- Erfüllung der Sorgfalts- und Organisationspflichten der gesetzlichen Vertreter;
- Wahrnehmung der Überwachungsfunktion der Aufsichtsorgane nach BilmoG
 - Berücksichtigung von Compliance/Anti-Fraud im Rahmen der Beurteilung der Wirksamkeit des Risikofrüherkennungssystem/IKS
 - Auseinandersetzung mit den Anforderungen des Deutschen Public Corporate Governance Kodex
- „Enthaftende“ Wirkung für Geschäftsführung und Aufsichtsorgane durch ein „antizipatives Sachverständigengutachten“ (Wahrnehmung der Kontrollfunktion/Sorgfaltspflichten der Unternehmensorgane);
- Stärkung der internen Wahrnehmung des Themas Compliance;



- Identifikation von Schwachstellen sowie Verbesserungspotential für ihr CMS;
- Umfassender Bericht mit unternehmensspezifischen Feststellungen und Empfehlungen/Möglichkeiten der externen Kommunikation;
- Gezielte Risikoevaluation im Bereich Compliance durch den Einsatz von BPG Spezialisten.

Die BPG kann in Prüfung und Beratung bzgl. CMS-Systemen auf umfangreiche Erfahrung aus vergangenen Projekten zurückgreifen und ist daher auch für ihr Unternehmen ein kompetenter Partner.

Kontakt für weitere Informationen:



Tobias Adelfang
BPG Krefeld
Wirtschaftsprüfer
Tel: 02151/508474
E-Mail: adelfang@bpg.de