

Sonderthema: Querverbund

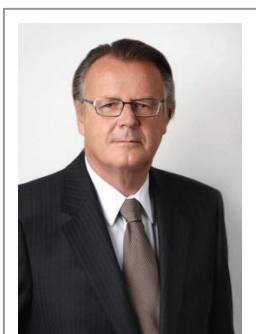
- Finanzielle Entlastung durch Querverbundsgestaltungen

Steuerrecht

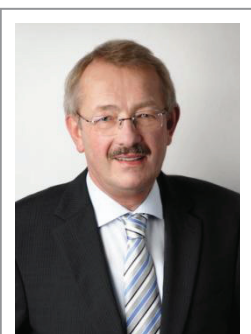
- Eigenständige Überwachung der Gewerbesteuerfestsetzung durch die Gemeinde
- Kapitalertragsteuer auf Gewinne von Betrieben gewerblicher Art

Versorgung

- BGH-Entscheidungen zu Vergabeverfahren von Netzkonzessionen – Unbestimmtes und Bemerkenswertes –



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



Reinhard Zschoche
WP, StB
02151 508 442
zschoche@bpg.de



Ludger Fangmann
StB
02151 508 463
fangmann@bpg.de



Horst Hartung
WP, StB
0211 172 98 117
hartung@bpg.de



Finanzielle Entlastung durch Querverbundsgestaltungen

von Dr. Peter Kraushaar BPG

Im Zusammenhang mit Rekommunalisierungsbestrebungen gewinnen Querverbundsfragen mehr und mehr an Bedeutung. Nachdem aufgrund der Verfügung der OFD Münster und der OFD Rheinland vom 23.12.2012 die Finanzämter in Nordrhein-Westfalen angewiesen waren, keine verbindlichen Auskünfte zu Sachverhalten zu geben, bei denen es um die Zusammenfassung von Betrieben gewerblicher Art wegen wechselseitiger technisch-wirtschaftlicher Verflechtung von einigem Gewicht – also im Wesentlichen um die Verrechnung von Bäderverlusten und Versorgungsgewinnen – ging, war ein Stillstand bezüglich der Gestaltung von Querverbänden zwischen Bäderbetrieben und Versorgungsbetrieben eingetreten. Seit Vorliegen des Entwurfs eines BMF-Schreibens (Entwurf vom 24.07.2014) zu den Zusammenfassungsvoraussetzungen des § 4 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 KStG ist Bewegung in die Angelegenheit gekommen. Es laufen derzeit eine Vielzahl von Auskunftsverfahren. Nach den Erfahrungen unserer Gesellschaft werden die Anträge derzeit recht zügig von den Finanzverwaltungen bearbeitet.

Trotzdem gibt es weiterhin Unsicherheit, wie im konkreten Fall ein energiewirtschaftliches Konzept zur Versorgung von Bäderbetrieben mit Wärme und Strom auszulegen ist, um die steuerlichen Voraussetzungen zu erfüllen.

Lt. Entwurf des BMF-Schreibens vom 24.07.2014 kann beantragt werden, bei der Beurteilung der Zusammenfassungsvoraussetzungen „die bisher geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen“ zu lassen. Voraussetzung ist aber, dass die Inbetriebnahme des BHKW, für das das Vorliegen der Zusammenfassungsvoraussetzungen geprüft wird, bis zum 31.12.2015 in Betrieb geht. Was der Hinweis auf bisher geltende Grundsätze genau bedeutet, ist allerdings weitgehend unklar.

Statt der lt. Entwurf des BMF-Schreibens für neue Querverbundsgestaltungen geforderten Lieferung von 80% der im BHKW erzeugten Wärme an den Bäderbetrieb dürfte es für Konzepte, die bis zum 31.12.2015 umgesetzt werden und für die deshalb



auf Antrag die „bisher geltenden Grundsätze“ zur Anwendung kommen, ausreichen, wenn mehr als 50% der erzeugten Wärme an den Bäderbetrieb geliefert und zugleich mehr als 50% des Wärmebedarfs des Bäderbetriebes durch die Erzeugung des BHKW gedeckt werden.

Ungewiss ist weiterhin, welche Anforderungen die Finanzverwaltung im Einzelfall im Hinblick auf den im BHKW erzeugten so genannten Überschuss-Strom und dessen wirtschaftliche Gewichtigkeit stellt. Die ausdrückliche Forderung nach einem Anfall von Überschuss-Strom von 20 % und einem Endkundenvertrieb, die lt. Entwurf des BMF-Schreibens erhoben wird, ist u. E. nicht zwingend Bestandteil „der bisher geltenden Grundsätze“. Man wird gespannt sein dürfen, wie die Finanzverwaltung mit kleineren BHKW-Lösungen, bei denen die zur Verfügung stehende Überschuss-Strommenge und ihr wirtschaftlicher Wert eher gering sein dürften, umgehen wird. Auch ist fraglich, ob die Finanzverwaltung das Merkmal der Gegenseitigkeit der technisch-wirtschaftlichen Verflechtung auch anerkennen wird, wenn Überschuss-Strom nur in das Netz abgegeben oder ohne Nutzung des Verteilnetzes an Verbrauchsstellen in unmittelbarer Nähe des BHKW-Standortes (z. B. städtische Gebäude), geleitet wird.

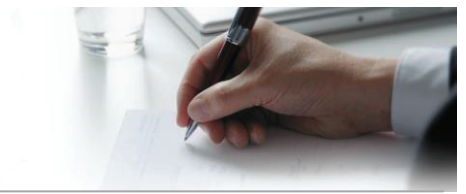
Weitere Fragen tauchen regelmäßig auf, wenn eine verbindliche Auskunft bereits vorliegt, das BHKW-Konzept aber aus wirtschaftlichen Gründen geändert werden soll. Verliert in derartigen Fällen die vorliegende Auskunft ihre Verbindlichkeit und ist ein neuer Antrag zu stellen? Hierzu wird mehrheitlich die auch nach unserer Einschätzung richtige Auffassung vertreten, dass Bestandschutz zu gewähren ist, wenn und soweit hinsichtlich der entscheidenden Beurteilungsparameter mit Inbetriebnahme des neuen BHKW eine „Verbesserung“ eintritt, d. h. wenn der Anteil der Wärmeabgabe an das BHKW an der gesamten Wärmeerzeugung des BHKW durch die Konzeptänderung erhöht wird.

Unseres Erachtens ist es empfehlenswert, in Zweifelsfällen mit dem zuständigen Finanzamt mit Unterstützung eines fachkundigen Beraters Kontakt aufzunehmen, bevor ein Erstantrag basierend auf einer bestimmten technischen Lösung gestellt wird oder nach einer Änderung des technischen BHKW-Konzeptes zu entscheiden ist, ob ein erneuter Antrag an das Finanzamt gerichtet wird.

Kontakt für weitere Informationen:



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



Eigenständige Überwachung der Gewerbesteuerfestsetzung durch die Gemeinde

von Reinhard Zschoche BPG

Warum eigenständige Überwachung?

Die Gewerbesteuer ist regelmäßig die wichtigste Ertragsquelle der Kommune; dies auch dann, wenn durch die Gewerbesteuerumlage / Umlage Fonds Deutsche Einheit und über die Berücksichtigung bei den Schlüsselzuweisungen nicht die gesamten Gewerbesteuererträge bei der Kommune verbleiben.

Die Vollständigkeit der Festsetzung und der Erhebung ist daher für die Gemeinde von hohem wirtschaftlichen Interesse.

Risiken bei der Gewerbesteuerfestsetzung

Da die Gemeinde nur zum Teil in das Besteuerungsverfahren eingebunden ist, weil die Finanzverwaltung die vorgelagerten Verfahrensschritte vornimmt, ist im Rahmen dieses mehrstufigen Verfahrens mit unterschiedlichen Institutionen nicht automatisch gewährleistet, dass die Gewerbesteuer vollständig und zeitnah festgesetzt wird.

Hinzu kommt, dass häufig die bei den Gemeinden für die Gewerbesteuerfestsetzung eingesetzten Mitarbeiter keine Fachleute hinsichtlich des Besteuerungsverfahrens sind, so dass eine inhaltliche Kontrolle und eine Kontrolle des gesamten Gewerbesteuerfestsetzungsverfahrens pro Steuerpflichtigem und pro Veranlagungszeitraum aus einer übergeordneten fachlichen Sicht (unter Berücksichtigung der einschlägigen Regelungen der Abgabenordnung und anderer steuerlicher Vorschriften) oft nicht möglich sind.

Das Ganze ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass auch auf der Ebene der Finanzverwaltung in nicht unwesentlichem Umfang Fehler im Besteuerungsverfahren entstehen können, die letztendlich zu Lasten der Gemeinde, die die Gewerbesteuerertragshoheit hat, gehen.



Den Risiken bei der Gewerbesteuerfestsetzung kann wie folgt begegnet werden:

Aufnahme des bisherigen Verfahrens bei der Gemeinde und Identifikation der bisher vorhandenen Kontrollen

Die Aufnahme des bisher ausgeführten Gewerbesteuerfestsetzungsverfahrens einer Gemeinde erfolgt zusammen mit den Sachbearbeitern in diesem Bereich und – soweit wesentlich eingebunden – mit den verantwortlichen Mitarbeitern des Rechnungsprüfungsamtes.

Dabei wird in vielen Fällen erkennbar sein, dass es vielleicht Ordnungsmäßigkeitsprüfungen gibt, aber eine Kontrolle der Vollständigkeit der Gewerbesteuerfestsetzung durch die Gemeinde nicht wirklich stattfindet, sondern vielmehr Routinefälle nach einem eingeübten Schema „*unfallfrei*“ abgearbeitet werden.

Schritte zur Einführung eines eigenständigen Kontrollsystems der Gemeinde zur Gewerbesteuerfestsetzung

- Zunächst sollten die Beteiligten in die Besonderheiten des steuerlichen Verfahrensrechts hinsichtlich der Festsetzung von Gewerbesteuermessbeträgen und der Festsetzung von Gewerbesteuern eingewiesen werden und ihnen für die spätere Bearbeitung entsprechende Unterlagen an die Hand gegeben werden. Dies ist gerade für die Nichtroutinefälle wichtig.
- Das jeweils von der Gemeinde verwendete Veranlagungssystem für die Gewerbesteuer muss zusammen mit demjenigen, der in der Gemeindeverwaltung verantwortlich das Überwachungssystem einführen will, daraufhin durchgesehen werden, welche Auswertungen aus dem IT-System für eine **örtliche Überwachungstabelle** geeignet sind.
- In der örtlichen Überwachungstabelle werden die Systemauswertungen zu bestimmten Zeitpunkten (z. B. zweimal im Jahr) mit bestimmten Basisinformationen zu dem jeweiligen Steuerpflichtigen zusammengeführt, die im Rahmen eines



ordnungsgemäßen Veranlagungsverfahrens auf bestimmte, beim jeweiligen Steuerpflichtigen zu erwartende Abläufe hinweisen.

- Auf Basis der zu den Stichtagen zusammengeführten Daten der laufenden Veranlagungen einerseits und der zusätzlichen Informationen pro Steuerpflichtigen kann zu den jeweils von der Gemeinde bestimmten Stichtagen eine Kontrolle der vollständigen und ordnungsgemäßen Gewerbesteuerfestsetzung der Gemeinde durchgeführt werden.
- Dazu soll eine Dienstanweisung erstellt werden, in der die Zusammenführung der Daten und die dadurch ermöglichten Kontrollschritte erläutert werden, und die Durchführung und die Dokumentation der Kontrolle festgelegt wird.

Erweiterung der Gewersteuerbasis

Während die bisher beschriebenen Schritte zur Überwachung der Gewerbesteuerfestsetzung lediglich die bereits bei der Gemeinde registrierten Gewerbesteuerfälle erfasst, kann eine **Erweiterung des Projektes** „Überwachung der Gewerbesteuerfestsetzung“ in der Weise erfolgen, dass durch Abgleich mit den Daten des Ordnungsamtes (Gewerbeanmeldungen) und durch eigene Nachforschungen die Vollständigkeit der in der Gemeinde Gewerbesteuerpflichtigen überprüft werden kann. Eine mögliche Zielgruppe könnten dabei z. B. überörtlich tätige Unternehmen sein, die in der Gemeinde eine Betriebsstätte unterhalten, diese aber – aus welchem Grunde auch immer – bei der erforderlichen Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrages nicht berücksichtigt haben.



Umsetzung der Einrichtung einer eigenständigen Überwachung der Gewerbesteuerfestsetzung

Die Problemanalyse und die daraus resultierende Aufgabenstellung sollten mit der Verwaltungsspitze und der Kämmerei vorweg abgestimmt werden. Bei der Umsetzung auf der fachlichen und organisatorischen Ebene sollten sowohl interne als auch externe Fachleute (entsprechend geschulte Kämmeremitarbeiter, Mitarbeiter des Rechnungsprüfungsamtes, mit den kommunalen Abläufen vertraute Wirtschaftsprüfer) in das Projekt eingebunden werden.

Zusammenfassung

Die vorstehend skizzierte Problemstellung und die in Ansätzen beschriebenen Maßnahmen können, müssen aber nicht bereits in der Umsetzungsphase zu tatsächlichen Gewerbesteuermehrerträgen der Kommune führen. Sie helfen aber sicherzustellen, dass eine erheblich größere Sicherheit bei der Bewirtschaftung dieser wesentlichen Einnahmequelle der Gemeinde herbeigeführt werden kann.

Kontakt für weitere Informationen:



Reinhard Zschoche
BPG Krefeld
Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Tel: 02151/508440
E-Mail: zschoche@bpg.de



Kapitalertragsteuer auf Gewinne von Betrieben gewerblicher Art

von Ludger Fangmann BPG

Die Vereinnahmung handelsrechtlicher Gewinne von Betrieben gewerblicher Art (BgA) durch die Trägerkörperschaften führt nach § 2 Nr. 2 KStG bei dieser zu einer beschränkten Steuerpflicht. Die Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG unterliegen einer definitiven, nicht anrechenbaren Kapitalertragsteuerbelastung von 15 %. Die Körperschaftsteuer ist durch den Kapitalertragsteuerabzug abgegolten.

Die Vereinnahmung von Gewinnen wurde durch das BMF-Schreiben vom 09. Januar 2015 konkretisiert.

Die Leistungen eines BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit (Zweckverband, AöR) unterliegen der Kapitalertragsteuer nur dann, wenn diese tatsächlich ausgeschüttet und von der Trägerkörperschaft vereinnahmt werden.

Die BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Regiebetrieb, Eigenbetrieb) müssen zur Vermeidung der Belastung mit Kapitalertragsteuer durch entsprechende Rücklagenbildung nachweisen, dass die Gewinne im BgA verbleiben. Dabei muss die Rücklagenbildung notwendig für den Fortbestand des BgA sein. Anderenfalls greift eine Ausschüttungsfiktion mit der Folge der Kapitalertragsbesteuerung des Gewinns.

Nach dem oben genannten BMF-Schreiben reicht bei einem Eigenbetrieb nunmehr jegliches „Stehenlassen“ des Gewinns als Eigenkapital aus, um die grundsätzlich geltende Ausschüttungsfiktion zu widerlegen. Damit wird die Steuerpflicht vermieden.

Bei Regiebetrieben, bei der der jeweilige BgA gesetzlich zur Bilanzierung verpflichtet ist oder seinen Gewinn freiwillig durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt, wird eine Rücklagenbildung anerkannt, soweit die Zwecke des BgA ohne Rücklagenbildung nachhaltig nicht erfüllt werden können. Hierfür kommt in Betracht, dass die Mittel für bestimmte Vorhaben angesammelt werden, für deren Durchführung bereits konkrete



Zeitvorstellungen bestehen oder deren Durchführung glaubhaft und finanziell in einem angemessenen Zeitraum möglich ist.

Ebenso können Reinvestitionen des Gewinns im laufenden Wirtschaftsjahr oder die Tilgung von betrieblichen Verbindlichkeiten als hinreichende Mittelreservierung akzeptiert werden.

Bei gemischt-wirtschaftlichen Einrichtungen erfolgt auf jeden Fall eine Kapitalertragsbesteuerung, wenn und insoweit hoheitliche Verluste mit den Gewinnen eines BgA ausgeglichen werden. Dieses ist insbesondere interessant, wenn innerhalb eines Eigenbetriebes hoheitliche Aufgaben wahrgenommen und gleichzeitig auch wirtschaftliche Tätigkeiten, die einen BgA begründen, ausgeführt werden. Zur Vermeidung der Kapitalertragsteuer gelten die zuvor für Regiebetriebe dargestellten Voraussetzungen für Mittelreservierungen entsprechend.

Kontakt für weitere Informationen:



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



BGH-Entscheidungen zu Vergabeverfahren von Netzkonzessionen

- Unbestimmtes und Bemerkenswertes - ¹

von Horst Hartung BPG

Trotz klarstellender BGH-Urteile weiterhin Rechtsunsicherheiten in Einzelaspekten!

Durch drei richtungsweisende Urteile Ende des Jahres 2013 und im Jahr 2014 („Stromnetz Heiligenhafen“², „Stromnetz Berkenthin“³ und „Stromnetz Homberg“⁴) hat der BGH in vielen Fragen zu den Wettbewerbsverfahren um die Vergabe von Wegenutzungsrechten und der Ausgestaltung von Konzessionsverträgen Klarheit geschaffen und erstmals u.a. konkret zulässige Auswahlkriterien benannt, mit deren Hilfe die Angebote der Bieter bewertet werden können⁵.

Dennoch verbleiben für die Kommunen als „Vergabestelle“ der Konzessionen in Einzelbereichen Unsicherheiten hinsichtlich der rechtsicheren Gestaltung des Wettbewerbsverfahrens, auf die wir nachfolgend kurz aufmerksam machen möchten.

Hierbei soll der Fokus auf folgende weiterhin nicht hinreichend geklärte Punkte gelegt werden:

- Verwendung von Netzentgelten als Auswahlkriterium
- Berücksichtigung einer Mindestpunktzahl für das Auswahlkriterium „Versorgungssicherheit“
- Gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten auf die zukünftige Ausgestaltung des Netzbetriebes
- Umfang der Netzüberlassungspflicht.

¹ Der Verfasser dankt Herrn Rechtsanwalt Oliver Voigt für die kritische Durchsicht und vertiefenden Hinweise bei der Erstellung dieses Beitrages.

² BGH, Urteil vom 17.12.2013; Az.: KZR 65/12 – nachfolgend kurz „Stromnetz Heiligenhafen“

³ BGH, Urteil vom 17.12.2013; Az.: KZR 66/12 – nachfolgend kurz „Stromnetz Berkenthin“

⁴ BGH, Urteil vom 03.06.2014; Az.: EnVR 10/13 – nachfolgend kurz „Stromnetz Homberg“

⁵ „Stromnetz Berkenthin“, Rz. 74 ff..



Netzentgelte als Auswahlkriterium?

Nach Ansicht des BGH sollen Netzentgelte bei den Auswahlkriterien unter dem Aspekt "Preisgünstige Versorgung" berücksichtigt werden. Aussagen oder Hinweise, wie dies in der Praxis fundiert bewerkstelligt werden kann, werden dazu nicht gegeben.

Unabhängig davon, ob die Bewerber überhaupt bereit sind, der Kommune entsprechende Auskünfte zu erteilen und ggf. einer vertraglichen Fixierung zuzustimmen, bleibt weiterhin unklar, ob und wie ein Vergleich zwischen den bisherigen Netzentgelten des Altkonzessionärs (Ist-Zustand) oder den zukünftigen Netzentgelten, die die Bewerber im betreffenden Kommunegebiet ansetzen wollen, anzustellen und zu bewerten ist.

Auch stellt der BGH ausschließlich auf „nicht rabattierte Netzentgelte“ ab. Zurzeit werde von der Monopolkommission (Sondergutachten 65/Energie 2013, S. 235, Rz. 470) und der Bundesnetzagentur gegenteilige Auffassungen zum Auswahlkriterium „rabattierte Netzentgelte“ vertreten. Laut Bundesnetzagentur sind rabattierte Netzentgelte wettbewerbsschädlich und daher nicht zulässig. Die Monopolkommission hält solche für zweckmäßig.

Ob ein Vergleich zwischen den bisherigen (nicht rabattierten) Netzentgelten der Bewerber in den unterschiedlichen Netzgebieten ausreicht, um die Preisgünstigkeit der Netzentgelte im ausgeschriebenen Netzgebiet diskriminierungsfrei zu bewerten, bleibt zweifelhaft. Auch eine Nichteinbeziehung als Kriterium kommt als Lösung nicht in Frage, da der BGH in seinem Urteil „Stromnetz Berkenthin“ (Rz. 87) dies als zentrales Kriterium für die Beurteilung einer preisgünstigen Endversorgung beim Netzbetrieb einstuft.



Mindestpunktzahl für das Kriterium Versorgungssicherheit?

Kommunalrechtlich und -wirtschaftlich sind die Kommunen gehalten, für einen möglichst sicheren und preisgünstigen Betrieb des Netzes im Kommunegebiet zu sorgen. Als Orientierungspunkt für eine angemessene Einbeziehung dieses Kriteriums in die Auswahlentscheidung der Kommune nennt der BGH in seinem Urteil „Stromnetz Berkenthin“ (Tz. 84) zwar in Anlehnung an der Musterkriterienkatalog Baden-Württemberg eine Mindestpunktzahl von 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl, nicht jedoch ohne im nächsten Absatz auszuführen, dass

„auch wenn es sich dabei um keine verbindliche Vorgabe handelt, [...] eine um mehr als den Faktor vier niedrigere Gewichtung der Netzsicherheit unzulässig [ist].“

Was genau mit der Faktor vier niedrigeren Gewichtung gemeint ist und welchen Bezugspunkt diese hat, bleibt aber offen. Eine erhebliche Abweichung nach unten würde den anerkannten Entscheidungsspielraum der Kommune ob der überragenden Bedeutung des Kriteriums der Versorgungssicherheit⁶ überschreiten. Im Verfahren Stromnetz Berkenthin wurde hier eine Bepunktung mit 6 % der Gesamtpunktzahl jedenfalls als deutlich zu niedrig erachtet. Grundsätzlich ist der BGH zwar der Auffassung, dass die Ziele des EnWG einer unterschiedlichen Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung durch die Kommune zugänglich sind, keines der Ziele darf aber unberücksichtigt bleiben und ist in Bezug auf seine Bedeutung angemessen zu gewichten.

Unklar bleibt vor diesem Hintergrund, welche Einzelaspekte jeweils unter die sich zum Teil widersprechende Ziele des § 1 EnWG zu fassen sind. Insbesondere bleibt beim Ziel „Versorgungssicherheit“ offen, inwieweit der Vorwegnachweis einer entsprechenden Eignung als Ausschlusskriterium eine Absenkung der Punktzahl für die Versorgungssicherheit bei den Auswahlkriterien zulässt.

⁶ vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 14.



Gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten auf die zukünftige Ausgestaltung des Netzbetriebes?

Die Einflussnahmemöglichkeit der Kommune auf den örtlichen Netzbetrieb (Entscheidungen des Netzbetriebs bezüglich Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit, Modernisierung und Kapazitätserweiterung) erkennt der BGH als legitimes Bewertungskriterium an. Soweit die Kommune diese Einflussmöglichkeiten für unverzichtbar erachtet, sind diese in die Leistungsbeschreibung einzubeziehen und damit für eine Auswahlentscheidung untauglich, da jedes Kriterium nur einmal bewertet werden darf.

Werden aber darüber hinaus zusätzliche Möglichkeiten der Einflussnahme positiv bewertet, sieht der BGH das als unbedenklich an, insoweit diese Einflussmöglichkeiten auf vertragsrechtlicher Grundlage beruhen - m.a.W.: In den Konzessionsvertrag Eingang finden. Gemeint sind hier insbesondere Mitsprache- und Abstimmungsrechte der Kommune bei Baumaßnahmen.

Ein Wertungskriterium, welches den "gesellschaftsrechtlichen Einfluss" der Gemeinde gesondert bewertet, hält das Gericht grundsätzlich für die Bewerber diskriminierend, die die Aufgabe des Netzbetriebes eigenverantwortlich übernehmen wollen, da es Unternehmen bevorteilt, an denen sich die Kommune beteiligt bzw. bereits beteiligt ist. Auf das Kriterium der (gesellschaftsrechtlichen) Einflussnahmemöglichkeit der Kommune ist daher vor allem immer dann genau zu achten und auf eine strikte Trennung in den Auswahlkriterien zu achten, wenn das Wettbewerbsverfahren auch als Angebot die Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft vorsieht (sei es als Haupt- oder Nebenangebot). Gesellschaftsrechtliche Einflussnahmemöglichkeiten dürfen nur hinsichtlich der Bewertung des „Beteiligungsangebots“ Berücksichtigung finden, keinesfalls aber bei der Bewertung der Angebote für die Netzkonzession.



Diese generelle Aussage zu gesellschaftsrechtlichem Einfluss schränkt der BGH durch nachfolgende Formulierungen auch wieder ein:

“Dies wird allenfalls dann hingenommen werden können, wenn dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise – etwa durch Regelungen des Vertragsrechts – angemessen Rechnung getragen werden kann. Soweit dies danach in Betracht kommen sollte, müssten jedenfalls die mit einer Beteiligung am Netzbetrieb verbundenen Gegenleistungen (insbesondere der Anteilskaufpreis) und Risiken der Gemeinde bei der Bewertung ebenfalls angemessen berücksichtigt werden.“ (Vgl. „Stromnetz Berkenthin“, Tz. 53).

Was der BGH mit dieser rätselhaften Formulierung meint, wird nicht weiter ausgeführt. Bei Beteiligung des eigenen Stadtwerkes im Auswahlverfahren sollten unseres Erachtens die Vorteile einer gesellschaftsrechtlichen Einflussnahme, die nicht vertraglich abgebildet werden können, exakt herausgearbeitet sowie die Risiken einer Beteiligung in die Bewertung einbezogen werden. Bei erkennbarer Klagebereitschaft von Interessenten sollte eine mögliche gesellschaftsrechtliche Einflussnahme über ein eigenes Stadtwerk nicht in die Bewertung einbezogen werden.

Umfang der Netzüberlassungspflicht?

In seinem Beschluss „Stromnetz Homberg“ hat der BGH erstmals zum Umfang der Netzüberlassungspflicht nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG im Hinblick auf multifunktionale Verteilungsanlagen Stellung genommen. Danach

“gehören zum Netz der allgemeinen Versorgung alle Anlagen, die für die Versorgung aller vorhandenen Netznutzer im Konzessionsgebiet notwendig sind. Dazu gehören auch Mittelspannungsleitungen jedenfalls dann, wenn daran Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen sind, ohne dass es eine Rolle spielt, ob die Leitung von einem vorgelagerten Netzbetreiber auch für andere Zwecke



genutzt werden. Eine Beschränkung des Überlassungsanspruchs aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF auf die Niederspannungsebene – wie dies etwa in § 18 EnWG geregelt ist – oder auf nur ausschließlich für die allgemeine Versorgung von Netzverbrauchern genutzten Leitungen einer höheren Spannungsebene kann daraus nicht hergeleitet werden.“ (Vgl. „Stromnetz Homberg“, Tz. 36)

Diese Aussage suggeriert zunächst, dass das Problem der Übertragung multifunktionaler Verteilungsanlagen damit gelöst sei.

Dieser Eindruck täuscht aber, denn: Multifunktionale Verteilungsanlagen sind regelmäßig entstanden, weil ein Energieversorger in der Vergangenheit mehrere Gemeindegebiete gemeinsam versorgt hat. Diese überörtliche Verteilung ist damit Ausdruck einer technisch und ökonomisch sinnvollen Effizienzsteigerung durch den Altkonzessionär. Eine gemischt genutzte Verteilungsanlage ist somit für mehrere Konzessionsgebiete und deren Netzbetriebe “notwendig“. Der Begriff “notwendig“ löst das Zuordnungsproblem “Multifunktionale Anlagen“ nicht. Im Zweifel dient es einer effizienten und damit preiswerten Versorgung, wenn – wie in der Literatur diskutiert - die Übertragungspflicht auf das Maß der Nutzung für die örtliche Verteilung abgestellt wird. Dies verhindert möglicherweise den Aufbau von Parallelstrukturen, um lukrative Endverbraucher über ein separates Netz nach Übertragung weiter bedienen zu können, was zumindest aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zu unnötigen Mehrkosten führen würde. Auch könnten die jetzt tätigen Netzbetreiber die vom BGH vorgeschlagene Handhabung konterkarieren, in dem sie diese notwendigen Anlagen außerhalb der Gemeindegrenzen bzw. des Konzessionsvertrages “in Sicherheit bringen“.

Bemerkenswertes!

Insgesamt haben die BGH-Entscheidungen mehr Rechtssicherheit für die praktische Durchführung der Vergabeverfahren gebracht. Halten sich die Kommunen bei ihren Wertungskriterien im Bereich des “Üblichen“ sollten die Verfahren zukünftig rechtssicher durchführbar sein. Gerne sind wir bereit, Ihnen bei der Gestaltung eines rechtssicheren Verfahrens behilflich zu sein. Sprechen Sie uns einfach an.



Erfreulich ist, dass laut BGH Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot zwar grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages bedingen sollen, aber ohne Folge bleibt⁷, soweit sich der Verstoß nicht konkret auf das (Auswahl-)Ergebnis des Vergabeverfahrens auswirkt. Auch ist die Aussage des BGH positiv hervorzuheben, dass bei ausreichender Unterrichtung der unterlegenen Bewerber über die Entscheidungsgründe für die Auswahl des Obsiegenden Bewerbers, spätere Einwendungen regelmäßig nicht mehr geltend gemacht werden können⁸.

Abschließend sei von unserer Seite noch der Hinweis gestattet, dass für den Fall nur eines Bewerbers/Interessenten die Regelungen des § 46 EnWG nicht zur Anwendung kommen und hier nur ein nach Maßgabe der Konzessionsabgabenverordnung zulässiger Vertrag ausgehandelt werden muss.

Kontakt für weitere Informationen:



Horst Hartung
BPG Düsseldorf
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Tel: 0211/172 98 117
E-Mail: hartung@bpg.de

⁷ „Stromnetz Berkenthin“, Rz. 99.

⁸ „Stromnetz Homberg“, Rz. 58.