

ÖFFENTLICHER SEKTOR

Energiewirtschaft wartet auf politische Weichenstellungen

Neue Rechtsunsicherheiten, aber auch Erleichterungen und Klarstellungen

In dieser Ausgabe lesen Sie:

- | | | | |
|--|---|---|----|
| ■ Editorial | 2 | ■ Beihilferecht | |
| ■ Brennpunkt | | Ist eine Betrauung von kommunalen Sportbädern mit Freizeitcharakter erforderlich? | 8 |
| Verabschiedung der EEG-Novelle verzögert sich .. | 2 | ■ Verkehrswirtschaft | |
| ■ Steuerrecht | | ÖPNV erhält Leitlinien zur Anwendung der VO (EG) 1370/2007 | 13 |
| Gewinnermittlung bei Betrieben gewerblicher Art: Buchführungspflicht? | 4 | ■ Versorgungswirtschaft | |
| Umsatzsteuerliche Erfassung der Sporthallen-nutzung und -vermietung durch Gemeinden | 5 | Auskunftspflicht von Wasserversorgern | 14 |
| Marktprämie nach § 33g EEG als umsatzsteuer-pflichtiges Entgelt | 6 | Förderung regenerativer Energien: Biomasseanlagen | 14 |
| ■ Vergaberecht | | ■ Kurz notiert | 15 |
| Freistellung öffentlicher Auftraggeber von vergaberechtlichen Verfahrenserfordernissen | 7 | | |

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

nun soll es der Vermittlungsausschuss richten – die von vielen sicher geglaubte Zustimmung des Bundesrats zum neuen Vergütungssystem bei der Einspeisung von Strom aus Photovoltaik-Anlagen ist ausgeblieben und insoweit bestehende Rechtsunsicherheiten werden die Branche voraussichtlich noch auf Monate begleiten. Die Einzelheiten dazu und einen vorsichtigen Ausblick auf das zu erwartende Ergebnis der weiteren Beratungen finden Sie im Brennpunkt dieser Ausgabe der PKF Themen ÖS.

Von anderer Seite hingegen gibt es Erfreuliches im Sinne von Erleichterungen für den Energiebereich zu berichten, dies jedenfalls insoweit, wie es um die Auftragsvergabe durch Kommunen geht: Ab S. 7 informieren wir Sie über einen Freistellungsbeschluss der EU-Kommission, der es Öffentlichen Auftraggebern in Deutschland ermöglicht, bestimmte Verträge im Zusammenhang mit der Erzeugung und dem Großhandel von Strom aus konventionellen Quellen ohne vorhergehendes Vergabeverfahren zu schließen. Und auch hinsichtlich regenerativer Energien kann als positiv zu wertende Entwicklung ein Zuwachs von Rechtsicherheit verzeichnet werden: Die Fachkommission Städtebau hat am 23.3.2012 neue Hinweise beschlossen, die den Betreibern von Biomasseanlagen die Einhaltung gesetzlicher Voraussetzungen erleichtern (mehr dazu auf S. 14).

Auf die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten darf sich nach unseren auf S. 13 für Sie bereitgestellten Informationen zudem der ÖPNV freuen, denn ihm sollen Leitlinien zur Anwendung der VO (EG) 1370/2007 an die Hand gegeben werden. Die in der Verkehrswirtschaft oft sehr komplizierten Finanzierungsprobleme insbesondere im Zusammenhang mit Ausgleichszahlungen dürften damit zukünftig leichter lösbar sein.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihr Team von PKF

BRENNPUNKT

Verabschiedung der EEG-Novelle verzögert sich

Neues Vergütungssystem für Photovoltaik-Anlagen noch offen

Angesichts des schnellen Zubaus von Photovoltaik-Anlagen und zugleich rasch sinkender Modulpreise war zu erwarten, dass die Vergütungssätze für solare Strahlungsenergie erneut deutlich abgesenkt werden. Das Ausmaß der vom Bundestag beschlossenen Kürzungen hat die Branche überrascht und erfuhr – zusammen mit spektakulären Firmenschließungen – deutliche Kritik seitens der Verbände. Der Bundesrat hat nun den Vermittlungsausschuss angerufen.

Der Deutsche Bundestag hatte am 29.3.2012 das „Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien“ (BT-Drucks. 17/8877) beschlossen. Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten Neuerungen dieses Gesetzesbeschlusses vom 29.3.2012 kurz vorgestellt. Dann wird auf die am 11.5.2012 erfolgte Anrufung des Vermittlungsausschusses eingegangen und eine Abgrenzung dessen versucht, was wahrscheinlich letztlich verabschiedet werden könnte.

1. Die EEG-Novelle i.d.F. des Bundestagsbeschlusses vom 29.3.2012

1.1 Vereinfachung der Vergütungsklassen und Größenbegrenzung

Für Dachanlagen sind zukünftig nur noch drei Vergütungsklassen vorgesehen: Anlagen mit einer installierten Leistung bis 10 kW, Anlagen bis 1.000 kW sowie Anlagen mit einer Leistung über 1.000 kW. Freiflächenanlagen erhalten eine einheitliche Vergütung. Anlagen größer als 10 MW erhalten keine Vergütung.

1.2 Einmalabsenkung

Die für Juli 2012 erwartete Absenkung der Einspeisevergütung sollte um 15 % vorgezogen und um eine Sonder-

degression ergänzt werden. Gemäß § 32 der EEG-Novelle gelten die in der nebenstehenden Tabelle 1 dargestellten Vergütungssätze.

1.3 Verstetigung der Degression

Die Vergütungssätze sollten ab dem 1.5.2012 monatlich um 1 % gegenüber dem jeweiligen Vormonat abgesenkt („monatliche Absenkung“) werden. Dies entspricht einer jährlichen Absenkung von ca. 11,4 %, wenn beim Zubau der Zielkorridor eingehalten wird.

1.4 Zielkorridor und zubauabhängige Steuerung („atmender Deckel“)

Es wird ein automatischer Anpassungsmechanismus eingeführt („atmender Deckel“). Dieser atmende Deckel sorgt für die Anpassung der monatlichen Absenkung jeweils zum 1.11.2012, 1.12.2012 und 1.1.2013, abhängig davon, ob das Ziel eines jährlichen Ausbaus von derzeit 2500 bis 3500 MW über- oder unterschritten wird.

1.5 Marktintegrationsmodell und Eigenverbrauchsbonus

Um das Ziel einer schnellen Marktintegration voranzutreiben, sollen Photovoltaikanlagen, die nach dem 1.4.2012 in Betrieb genommen wurden, zukünftig nur noch für einen Teil der gesamten erzeugten Strommenge eine Vergütung erhalten. Anlagen mit einer installierten Leistung bis 10 kW sollen zukünftig die gesetzliche Einspeisevergütung lediglich für 80 % der erzeugten Strommenge erhalten. Für Anlagen mit einer installierten Leistung ab 10 kW und bis einschließlich 1.000 kW wird die Vergütung auf 90 % der insgesamt in dem Kalenderjahr in der Anlage erzeugten Strommenge begrenzt. Freiflächenanlagen und sonstige Anlagen mit einer installierten Leistung bis 10 MW sind von dieser Regelung nicht betroffen.

Die unvergütete Strommenge kann zum Eigenverbrauch genutzt werden (ohne Anspruch auf den Eigenverbrauchsbonus) oder ohne finanzielle Förderung direkt vermarktet werden.

Anlagentyp	Dachanlagen			Freiflächenanlagen
Leistung	bis 10 kW	bis 1.000 kW	bis 10 MW	bis 10 MW
Vergütung	19,5 ct/kWh	16,5 ct/kWh	13,5 ct/kWh	13,5 ct/kWh

Tab. 1: Bisher geplante Vergütungssätze

1.6 Anlagen auf Nicht-Wohngebäuden im Außenbereich

Solaranlagen im Außenbereich erhalten grundsätzlich nur dann noch die Dachflächenvergütung, wenn die Anlage auf Wohn- oder Stallgebäuden oder im Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Gehöft errichtet wird. Solaranlagen auf bereits errichteten Gebäuden erhalten weiterhin die Dachflächenvergütung.

1.7 Einengung des Inbetriebnahmebegriffs

Die EEG-Novelle sieht eine engere Ausgestaltung des Begriffs der Inbetriebnahme für ab dem 1.4.2012 in Betrieb genommene Anlagen vor (Ergänzung der „technischen Betriebsbereitschaft“ um das Erfordernis der ortsfesten Installation und der Fähigkeit zur Erzeugung von Wechselstrom).

1.8 Einbeziehung der Photovoltaikanlagen ins Einspeisemanagement

Photovoltaikanlagen erhalten noch bis zum 1.1.2013 Zeit, technische Einrichtungen für die Abregelung ihrer Leistung einzubauen. Ab dem 1.1.2013 müssen solche Einrichtungen installiert sein, sodass die Anlagen in das Einspeisemanagement einbezogen werden können.

2. Ablehnung der EEG-Novelle durch den Bundesrat

Schon am 26.4.2012 hatten der Umweltausschuss und der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats dem Bundesrat empfohlen, den Vermittlungsausschuss anzurufen (vgl. BR-Drucks. 204/1/12). Dem folgend hat der Bundesrat am 11.5.2012 die Photovoltaik-Novelle mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit abgelehnt und beschlossen, den Vermittlungs-

ausschuss mit dem Ziel der grundlegenden Überarbeitung des Gesetzes anzurufen (BR-Drucks. 204/12(Beschluss)).

Im Vermittlungsausschuss werden jeweils 16 Vertreter aus Bundesrat und Bundestag nun über einen Kompromiss zur Solarförderung beraten. Dieser muss dann erneut im Parlament und der Länderkammer abgestimmt werden.

3. Mögliche Änderungen der EEG-Novelle

Der Umweltausschuss des Bundesrats hatte mit Blick auf laufende Projekte bereits eine Verschiebung des (rückwirkenden) Inkrafttretens der Änderungen vom 1.4.2012 auf den 1.6.2012 empfohlen. Vor dem Hintergrund der bereits intensiv diskutierten Frage, ob die zwischenzeitlich eingetretenen Schließungen, Übernahmen und sonstigen Schwächungen der deutschen Photovoltaikindustrie wirklich ursächlich mit der geplanten Abschmelzung der EEG-Vergütungssätze zusammenhängen, ist davon auszugehen, dass die oben unter Abschn. 1.2 beschriebenen Vergütungskürzungen abgemildert werden.

Die im Gesetzesbeschluss aufgezeigten Zubaukorridore für die kommenden Jahre liegen deutlich unterhalb der festgelegten nationalen Ziele. Für den Bundesrat stellt die Begrenzung des Zubaus faktisch eine Absenkung des Zubaus dar und beeinträchtigt die Investitionssicherheit der gesamten Branche der erneuerbaren Energien. Es ist davon auszugehen, dass der Vermittlungsausschuss die geplanten Degressionsstufen und den jährlichen Zubaukorridor sowie den hiermit in engem Zusammenhang stehenden „atmenden Deckel“ einer Prüfung unterziehen wird.

Auch Fragen der Praktikabilität einer Verstetigung der Degression (monatliche Photovoltaik-Degression) sowie des Marktintegrationsmodells – gerade auch im Verhältnis zu den alternativen Marktintegrationsinstrumenten nach §§ 33a ff. EEG – wird der Vermittlungsausschuss sicherlich aufgreifen.

4. Fazit

Die Anrufung des Vermittlungsausschusses von Bund und Ländern kann mehrere Monate in Anspruch nehmen und wird vermutlich deutliche Änderungen mit sich bringen.

Das Ende der geplanten EEG-Novelle wird die Entscheidung des Bundesrats jedoch höchstwahrscheinlich nicht bedeuten.

Hinweis: Über die zukünftigen spannenden Entwicklungen im Rahmen der EEG-Novelle werden wir weiter informieren.

STEUERRECHT

Gewinnermittlung von Betrieben gewerblicher Art (BgA)

Wen trifft die Buchführungspflicht?

Nach § 4 Abs. 3 EStG dürfen Steuerpflichtige, die nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und Abschlüsse zu machen, als Gewinn den Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ansetzen. Inwieweit können Betriebe gewerblicher Art (BgA) diese vereinfachte Form der Gewinnermittlung (Einnahmen-Überschussrechnung) auch nach Einführung der Doppik in öffentlichen Verwaltungen und Hochschulen anwenden?

Diese Frage haben kürzlich die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder erörtert. In einem BMF-Schreiben vom 9.2.2012 vertritt die Finanzverwaltung die Auffassung, dass die Umstellung von der Kameralistik auf die Doppik nicht mit einem Ausschluss des Wahlrechts nach § 4 Abs. 3 EStG verbunden ist und geht zudem auf weitere spezielle Fragen der Gewinnermittlung bei BgA im Falle von Dauerverlusten ein (zum Download des Volltextes s.u. <http://www.bmf-schreiben.de>). Zu beachten ist ferner eine neu abgestimmte Auffassung der Finanzverwaltung zur Vereinnahmung von Sponsoring- bzw. Werbeeinnahmen. Im Einzelnen:

1. Kein Ausschluss des Wahlrechts nach § 4 Abs. 3 EStG aufgrund der Umstellung auf die Doppik

Steuerpflichtiger nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG ist die juristische Person des öffentlichen Rechts (jPöR) nur mit ihrem jeweiligen BgA. Der Anwendungsbereich der Dop-

pik erstreckt sich dagegen auch auf das gesamte Hoheitsvermögen der jPöR, das aus steuerlicher Sicht nicht wirtschaftlichen Zwecken dient. Die umfassenden Aufzeichnungspflichten stellen damit keine Pflichten zum Führen von Büchern oder zum Erstellen von Abschlüssen für den einzelnen BgA im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG dar, die das Wahlrecht nach § 4 Abs. 3 EStG ausschließen. Dies gilt entsprechend für Sachverhalte, in denen eine jPöR für ihren Gesamthaushalt aufgrund einer anderen gesetzlichen Regelung (z. B. Hochschulgesetze der Länder) oder freiwillig Bücher führt und Abschlüsse aufstellt.

Hinweis: Allerdings kann sich eine steuerliche Buchführungspflicht für einen BgA nach § 140 AO aufgrund außersteuerlicher Vorschriften ergeben, wenn es sich bei dem BgA gleichzeitig um einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) handelt. Das ist dann der Fall, wenn ein Eigenbetrieb oder eine AöR nur einen wirtschaftlichen Betrieb unterhält (z. B. ein Wasserwerk).

2. Gewinnermittlung bei Dauerverlustbetrieben

Bei einem Dauerverlustbetrieb einer jPöR führt allein das Überschreiten der Umsatzgrenze nach § 141 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO nicht zu einer Buchführungspflicht, wenn der Betrieb mangels Gewinnerzielungsabsicht kein gewerbliches Unternehmen im Sinne dieser Norm darstellt.

Insgesamt gesehen ergibt sich nach der Auffassung der Finanzverwaltung eine Buchführungspflicht für einen BgA, der nicht bereits nach außersteuerlichen Vorschriften zur Buchführung verpflichtet ist, somit nur dann, wenn die Gewinn- und Umsatzgrenzen nach § 141 Abs. 1 AO überschritten werden und es sich nicht um einen Dauerverlustbetrieb handelt.

3. Vereinfachte Gewinnermittlung bei Sponsoring- oder Werbeeinnahmen

Ferner wurde im Zusammenhang mit der pauschalen Gewinnermittlung bei Sponsoring- oder Werbeeinnah-

men eine bundeseinheitlich abgestimmte Auffassung der Finanzverwaltung in einer aktuellen Verfügung der OFD Rheinland vom 2.1.2012 (Az.: S 2706 – 1037 – St 134) veröffentlicht. Hiernach gilt Folgendes:

Erbringt eine Kommune oder Hochschule aktive Werbeleistungen, begründet sie unter den Voraussetzungen des § 4 KStG und R 6 KStR 2004 einen BgA „Werbung/Sponsoring“.

Auf die Gewinnermittlung eines solchen BgA „Werbung/Sponsoring“ ist § 64 Abs. 6 Nr. 1 AO nicht analog anwendbar. Somit können nicht vereinfachend pauschal 15 % der Einnahmen des BgA „Werbung/Sponsoring“ als Gewinn angesetzt werden. Nach der Auffassung der Finanzverwal-

lung ist jedoch ein pauschaler Betriebsausgabenabzug i. H. von 25 % der Einnahmen nicht zu beanstanden.

Hinweis: Eine Ausnahme liegt vor, wenn die jPöR die Werbeleistungen im Zusammenhang mit einem von ihr unterhaltenen Zweckbetrieb i.S. der §§ 65 ff. AO erbringt. Dann kann bezogen auf diese Leistungen § 64 Abs. 6 Nr. 1 AO (Besteuerung von 15 % der Einnahmen) doch zur Anwendung kommen. Voraussetzung ist, dass die Werbeleistungen nach der Verkehrsauffassung zu einem BgA gehören (vgl. R 6 Abs. 3 Satz 3 KStR 2004), der für sich – mit Ausnahme des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs „Werbung“ – nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreit ist.

Die Buchführungspflicht ergibt sich nur, wenn die Gewinn- und Umsatzgrenzen nach § 141 Abs. 1 AO überschritten werden und es sich nicht um einen Dauerverlustbetrieb handelt.

Umsatzsteuerliche Erfassung der Sporthallennutzung und -vermietung durch Gemeinden

Beistandsleistungen zwischen jPöR steuerpflichtig

Übernimmt eine juristische Person des öffentlichen Rechts (jPöR) Aufgaben, wie sie auch von Personen des Privatrechts ausgeübt werden, und tritt sie dadurch – sei es auch ungewollt – tatsächlich oder potenzi-

ell in größeren Wettbewerb zu privatwirtschaftlichen Unternehmen, ist ihre Tätigkeit nicht mehr hoheitlich (ständige Rechtsprechung von EuGH und BFH). Wann im konkreten Einzelfall eine größere Wettbewerbsverzerrung vorliegt, die einem Dritten den Marktzutritt erschwert und folglich umsatzsteuerliche Konsequenzen nach sich zieht, beschäftigt seit Jahren die Finanzgerichte.

1. Der konkrete Sachverhalt: Schulnutzung und Vermietung einer Sporthalle

Zur umsatzsteuerlichen Behandlung von „Beistandsleistungen“ hat der BFH mit neuer Rechtsprechung jPöR, Berater und Finanzverwaltung gleichermaßen aufgeschreckt (Urteil vom 10.11.2011, Az.: V R 41/10). Im Sachverhalt begehrte eine Gemeinde für ihre im Eigentum stehende Sport- und Freizeithalle die Anerkennung als Unternehmer nach § 2 Abs. 3 UStG. Sie nutzte die Halle zum einen zur Durchführung des Sportunterrichts für Schulen in der eigenen und benachbarten Gemeinde; zum anderen wurde die Halle an mehrere Sportvereine sowie an einzelne Personen und Personengruppen vermietet.

2. Umsatzsteuerliche Erfassung

Die Gemeinde unterwarf die Vermietungsumsätze der Umsatzsteuer und machte die Vorsteuerbeträge aus der Errichtung der Halle nach § 15 UStG geltend. Finanzamt und Finanzgericht vertraten übereinstimmend die Auffassung, dass die Gemeinde keinen Betrieb gewerblicher Art (BgA) unterhalten habe und sie insoweit weder umsatzsteuerbare Leistungen erbracht noch Anspruch auf Abzug von Vorsteuerbeträgen aus der Errichtung habe.

Entgegen dieser Rechtsauffassung vertritt der BFH die Ansicht, dass die jPöR beim Betrieb der Halle als Unternehmer tätig und im Grundsatz zum Vorsteuerabzug berechtigt war. Die jPöR habe durch die entgeltliche Überlassung an Vereine und Personen eine wirtschaftliche Tätigkeit i.S. von § 2 Abs. 3 UStG i.V. mit § 4 Abs. 1 KStG erbracht. Auch die Mitbenutzung der Halle durch die benachbarte Gemeinde für Schulsportzwecke sei als sog. Beistandsleistung, die zwischen jPöR erbracht wird, der

Umsatzsteuer zu unterwerfen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Beistandsleistung zwar auf öffentlicher Grundlage, dabei jedoch im Wettbewerb zu Leistungen Privater erbracht wird.

Hinweis: Im konkreten Fall hob der BFH die Entscheidung der Vorinstanz auf und verwies die Sache zurück an das Finanzgericht.

3. Auswirkungen in der kommunalen Steuerpraxis

Das hier skizzierte BFH-Urteil reiht sich in mehrere und im Ergebnis gleichlautende BFH-Entscheidungen aus den Jahren 2009 und 2010 ein, nach denen – abweichend von der bisherigen Verwaltungsauffassung – bestimmte Tätigkeiten der öffentlichen Hand nicht mehr außerhalb der steuerlichen Sphäre verrichtet werden können. Die Finanzverwaltung prüft bis heute auf Bundes- und Länderebene die aus dieser Rechtsprechung zu ziehenden Konsequenzen. Durch ein Schreiben des BMF vom 2.3.2012 ist bekannt geworden, dass auch das Urteil vom 10.11.2011 Bestandteil der verwaltungsinternen Prüfung geworden ist. Wie diesem Schreiben zu entnehmen ist, können jedoch aufgrund der Komplexität der Gesamthematik derzeit keine abschließenden Aussagen zu inhaltlichen Fragen und zum zeitlichen Horizont der Prüfungen gemacht werden.

Hinweis: Immerhin hat das BMF für den Fall, dass die Urteile eine verschärfte Rechtsanwendung nach sich ziehen, in Aussicht gestellt, sich „für eine Übergangsregelung einzusetzen“.

Marktprämie nach § 33g EEG als umsatzsteuerpflichtiges Entgelt?

Überraschende Kursänderung der Finanzverwaltung

Im Rahmen der EEG-Novelle 2012 wurde die Direktvermarktung des Stroms aus erneuerbaren Energien deutlich aufgewertet. Seither haben die Anlagenbetreiber die Möglichkeit, den von ihnen erzeugten Strom selbst zu vermarkten. Sofern der Preis aus der Selbst-

vermarktung unterhalb der ihnen ansonsten zustehenden EEG-Vergütung liegt, können die Anlagenbetreiber in Höhe der Differenz eine sog. Marktprämie vom Netzbetreiber verlangen. Die aus der gezahlten Marktprämie resultierenden umsatzsteuerlichen Folgen sind seit kurzem streitig.

1. Prämienansprüche bei Direktvermarktung

Das EEG ist vom Grundsatz her darauf ausgelegt, dass die Betreiber von Anlagen, die damit Strom ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugen, diesen in vollem Umfang dem Netzbetreiber zur Verfügung stellen müssen. Als Gegenleistung erhalten die Anlagenbetreiber eine Einspeisevergütung (EEG-Vergütung) vom Netzbetreiber.

Daneben können die Anlagenbetreiber aber auch eine Direktvermarktung des erzeugten Stroms aus erneuerbaren Energien oder Grubengas über die Strombörse vornehmen, in dem sie unmittelbar mit dritten Händlern oder einem Energieversorgungsunternehmen einen Stromlieferungsvertrag abschließen; für diesen Fall entfällt zwar ein Anspruch des Anlagenbetreibers auf EEG-Vergütung, jedoch entsteht ein Anspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber auf Zahlung einer Marktprämie nach § 33g EEG, mit der die Differenz zwischen der EEG-Vergütung und dem an der Strombörse erzielten Preis durch die Marktprämie ausgeglichen wird.

2. Nichtsteuerbarkeit der Marktprämien ...

Umsatzsteuerlich gingen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber bislang davon aus, dass die seit 2012 gezahlte Marktprämie nicht die Gegenleistung für eine empfangene Lieferung oder sonstige Leistung (den erzeugten Strom erhält nicht der Netzbetreiber, sondern ein Dritter) darstellt, sondern ein im Gesetz vom Grunde her verankerter Zuschuss ist, den der zahlende Netzbetreiber sich über den kaskadenförmig angelegten Wälzungsmechanismus des EEG von den Letztverbrauchern zurückholt. Die Marktprämie wurde daher als nicht steuerbar i.S. des UStG angesehen und entsprechend zur Abrechnung gebracht. In dieser Rechtsauffassung wurden die Marktteilnehmer auch durch die Gesetzesmaterialien zum EEG 2012 bestärkt;

dort heißt es, dass auf die Marktprämie keine Umsatzsteuer anfällt, da die Prämien Entgelt i.S. des § 10 UStG sind (BT-Drucks. 17/6071, S. 97).

3. ... nun in Frage gestellt

Umso überraschender ist die neu bekannt gewordene Auffassung der OFD Niedersachsen, die in der Marktprämie ein umsatzsteuerpflichtiges Entgelt sieht (Verfügung vom 13.3.2012); begründet wird dies damit, dass die Marktprämie als ein Entgelt von dritter Seite für eine Stromlieferung des Anlagenbetreibers an den Stromabnehmer anzusehen sei. Auch wenn diese Verwaltungsmeinung bislang nicht mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der anderen Länder zuvor abgestimmt worden ist, verfahren die Finanzverwaltungen in Niedersachsen seither entsprechend.

Empfehlung: Anlagenbetreiber, die diese Rechtsauffassung in ihren Umsatzsteuervoranmeldungen umsetzen und dadurch eine Selbstveranlagung auslösen, können gegen die Selbstveranlagung Einspruch einlegen; insoweit soll nach einer weiteren Verfügung der OFD Niedersachsen vom 26.4.2012 Aussetzung der Vollziehung gewährt werden. Über die weiteren Entwicklungen werden wir Sie informieren, da die Aussetzung der Vollziehung die negativen Folgen nicht beseitigt, sondern nur bis zur endgültigen Klärung abmildert.

VERGABERECHT

Freistellung öffentlicher Auftraggeber von vergaberechtlichen Verfahrenserfordernissen

Erleichterungen im Energiebereich

Die EU-Kommission hat am 26.4.2012 einen Freistellungsbeschluss erlassen, der es Öffentlichen Auftraggebern in Deutschland ermöglicht, bestimmte Verträge im Zusammenhang mit der Erzeugung und dem Großhandel von Strom aus konventionellen Quellen ohne vorhergehendes Vergabeverfahren zu schließen.

1. Hintergrund der Freistellung: Wettbewerb auf den Strommärkten

Die Kommission hat damit einem Antrag des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) entsprochen und dies damit begründet, dass die Erzeugung und der Großhandel von konventionell erzeugtem Strom in Deutschland Tätigkeiten sind, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

Hinweis: Die Kommission nimmt davon in ihrem Freistellungsbeschluss [Az. C(2012) 2426, ABI. L 114/21 ff.] allerdings die Erzeugung und den Erstabsatz von EEG-Strom in Deutschland ausdrücklich aus; in diesem Bereich muss also nach wie vor Vergaberecht beachtet werden.

Soweit eine Tätigkeit aber unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, sollen öffentliche Auftraggeber nicht (mehr) dem Vergaberecht unterliegen, sondern denselben Wettbewerbsbedingungen wie die Wettbewerber mit rein privatwirtschaftlicher Struktur auf dem Stromerzeugungsmarkt.

2. Wer und was fällt unter die Freistellung?

Grundsätzlich sind nunmehr alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB (also Kommunen und kommunale bzw. staatlich Verbände sowie die von ihnen beherrschten Unternehmen), die die nachfolgend beschriebenen Aufträge erteilen, von der Pflicht, Vergaberecht zu beachten, freigestellt. Dies betrifft gem. Art. 1 des Beschlusses alle Aufträge, die die Erzeugung und den Erstabsatz von Strom ermöglichen sollen, der aus konventionellen Quellen erzeugt wird.

Hinweis: Damit sind vor allem Aufträge zum Anlagenbau und Anlagenkauf (also zur Errichtung, zum Kauf und Betrieb sowie zur Wartung von konventionellen Stromerzeugungsanlagen wie z.B. Gas- und Turbinenanlagen, Gaskraft- und Kohlekraftwerke) gemeint sowie der Stromgroßhandel.

Als aus konventionellen Quellen erzeugt ist im Sinne dieses Beschlusses jegliche Form von Strom anzusehen, der nicht unter das EEG fällt. Umgekehrt gesehen werden die Erzeugung und der Großhandel von Strom, der im Sinne des EEG und zu den darin festgelegten Bedingungen aus erneuerbaren Energien gewonnen wird, nicht durch den Freistellungsbeschluss erfasst.

Hinweis: Letzteres betrifft konkret die Stromerzeugung mittels

- Wasserkraft (einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie),
 - Windenergie,
 - solarer Strahlungsenergie,
 - Geothermie,
 - Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.

Von der Freistellung sind insbesondere Aufträge zum Anlagenbau und Anlagenkauf sowie der Stromgroßhandel erfasst.

3. Fazit

Der Freistellungsbeschluss der EU-Kommission ist aus Sicht der kommunalen bzw. staatlich beherrschten Unternehmen zu begrüßen. Denn hiermit ist ein wesentlicher Schritt hin zu einer Gleichbehandlung auf einem liberalisierten (Energie-)Markt vollzogen worden.

BEIHILFERECHT

Ist eine Betrauung von kommunalen Sportbädern mit Freizeitcharakter erforderlich?

NRW-Praxisstudie zeigt relevante Beurteilungskriterien auf

Im Rahmen einer von PKF/IVT in NRW durchgeführten Praxisstudie wurden Abgrenzungskriterien zwischen typischen Sportbädern mit Freizeitcharakter und sog. Attraktionenbädern erarbeitet, die für die betroffenen Kommunen und die kommunalen Unternehmen mehr

Klarheit aus beihilferechtlicher Sicht schaffen. Zuvor hatte die Anwendung eines neuen IDW-Prüfungsstandards beinahe bei allen Badbetreibern und deren Anteilseignern eine hohe Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Handlungsbedarf (z.B. Betrauung) sowie die Bilanzierung und Prüfung von Beihilfen ausgelöst.

1. Anlass für die Vergabe der Praxisstudie

Die aktuelle Mitteilung der EU-Kommission vom 20.12.2011 (K(2011) 9404) führt in Tz. 40 aus, dass Schwimmbäder, die überwiegend von örtlichen Einwohnern genutzt werden, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Es wird insoweit auf die Entscheidung der EU-Kommission in der Sache N 258/00 (Freizeitbad Dorsten aus dem Jahr 2001) verwiesen.

Bereits vor dieser Mitteilung hatte die PKF Industrie- und Verkehrstreuhand GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (PKF/IVT), München, im Rahmen einer praxisbezogenen Fallstudie in Nordrhein-Westfalen (NRW) dieses und weitere *Abgrenzungskriterien* zwischen typischen *Sportbädern mit Freizeitcharakter* und sog. *Attraktionenbädern* erarbeitet, die mehr Klarheit aus beihilferechtlicher Sicht für die betroffenen Kommunen und die kommunalen Unternehmen ermöglichen.

Insbesondere wegen des am 7.9.2011 verabschiedeten aktuellen Prüfungsstandards des Instituts für Wirtschaftsprüfer in Deutschland (IDW PS 700) besteht derzeit beinahe bei allen Badbetreibern und deren Anteilseignern eine hohe Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Handlungsbedarf (z.B. Betrauung) sowie die Bilanzierung und Prüfung von Beihilfen. In diesem Zusammenhang wurden bzw. werden von namhaften Prüfungsgesellschaften im kommunalen Bäderbereich testatzbezogen bei Pflichtprüfungen *Betrauungsakte eingefordert* und zugleich im Falle des Nichtvorliegens komplette Pakete von Beratungsleistungen zur Erlangung von Betrauungen angeboten.

Im Namen maßgeblicher Vertreter des Verbands kommunaler Unternehmen (VKU) in NRW mit über 300 Bäderbetrieben allein in NRW wurde PKF/IVT beauftragt zu beurteilen, ob diese Vorgehensweise bei typischen kommunalen Bäderbetrieben überhaupt erforderlich ist und welche Kriterien für die Fragestellung der Beihilferelevanz im Bäderbereich relevant sind.

2. Praxisstudie zur Schwimmbadfinanzierung

2.1 Überblick

Die Studie umfasst drei Stufen:

- Stufe 1: Gutachterliche Beurteilung der Finanzierung anhand eines konkreten, kommunalen Musterfalls in NRW
- Stufe 2: Abstimmung der Ergebnisse mit der EU-Kommission anhand eines abstrakten, kommunalen Musterfalls
- Stufe 3: Beurteilung von Sonderfällen bzw. Einzelfällen

2.2 Einhaltung der Altmark-Trans-Kriterien erforderlich?

Im Rahmen der Praxisstudie bestand die zentrale Aufgabe darin, anhand eines Musterfalls zu klären, ob für typische kommunale Leistungen in kommunalen Bäderbetrieben überhaupt die Einhaltung der Altmark-Trans-Kriterien erforderlich ist. Die Altmark-Trans-Kriterien betreffen das Tatbestandsmerkmal der *Begünstigung* des Art. 107 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union).

Art. 107 Abs. 1 AEUV enthält aber mehrere Tatbestandsmerkmale, die für das Vorliegen von staatlichen Beihilfen kumulativ erfüllt sein müssen:

- (1) *staatliche Mittel* und Zurechenbarkeit;
- (2) *wirtschaftlicher Vorteil* („*Begünstigung*“);
- (3) *Zahlung an ein bestimmtes Unternehmen* (*Selektivität*);
- (4) *Drohende Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels* zwischen den Mitgliedstaaten.

Die Altmark-Trans-Kriterien sind also dann nicht einzuhalten, wenn im konkreten Einzelfall bereits ein anderes Tatbestandsmerkmal als die „*Begünstigung*“ des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist. Dies wurde am o.g. Musterbad beurteilt.

Hierzu wurde analysiert, welche Funktionen bzw. Produkte dort vorlagen und ob für das konkrete Musterbad die o.g. Tatbestandsmerkmale Nr. 1 (staatliche Mittel) und Nr. 4 (Handelsbeeinträchtigung) kumuliert vorliegen.

Da PKF/IVT als führender Anbieter im Hotel- und Freizeitbereich (über die Tochtergesellschaft PKF hotelexperts) funktionsbezogen über entsprechende Ergebnisse von Marktstudien und Vergleichsdaten (Datenbank) gewerblicher Anbieter im Bäder- und Freizeitbereich verfügt, war eine sachlich klare Abgrenzung der Funktionen und Produkte für die weitere Beurteilung des Fallbeispiels möglich.

2.3 Kategorisierung von Schwimmbädern

Im vorliegenden Gutachten wird aus *rechtlicher* und *wirtschaftlicher* Sicht im Ergebnis in drei verschiedene „Schwimmbadtypen“ unterschieden:

- Sportbad mit Freizeitcharakter,
- Attraktionenbad (Erlebnisbad und Therme),
- Sonderfälle,

die sich durch rechtliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte kategorisieren lassen, wie im Rahmen des Gutachtens gezeigt wird.

Wesentliche Unterscheidungsmerkmale sind:

- Vertragsgestaltung/Bezugs- und Kostenstruktur,
- Art des Angebots (Ausstattung und Preisgestaltung),
- Nachfragesituation (Besucher),
- Wettbewerbssituation.

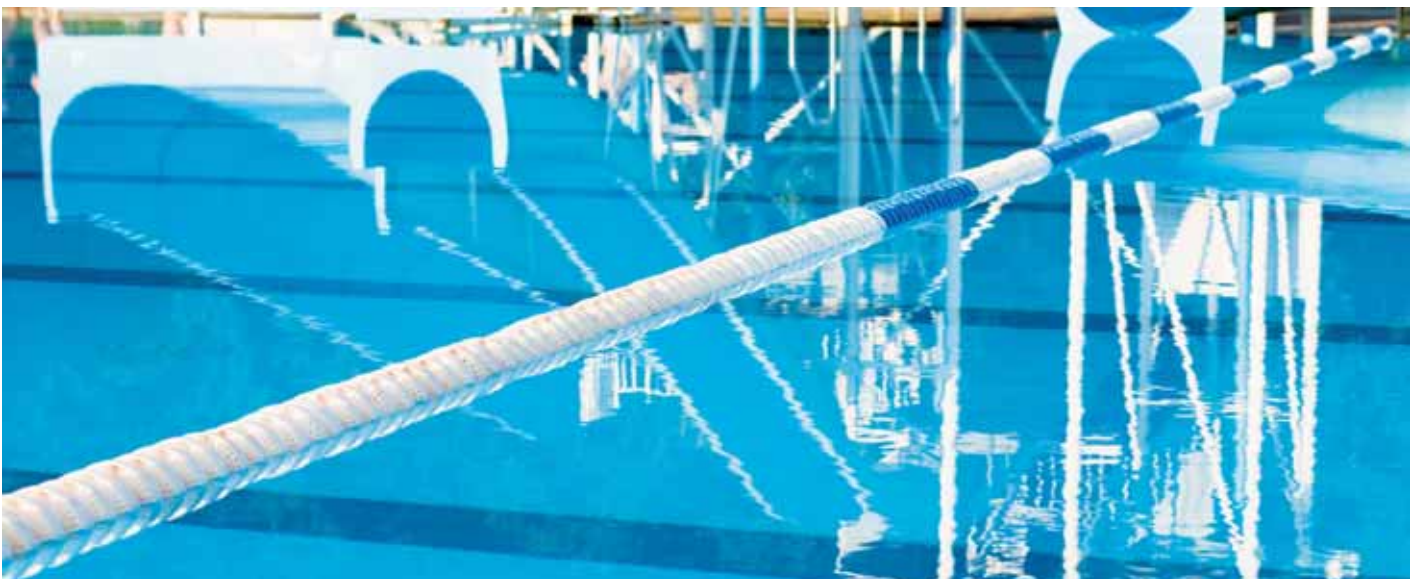
Typ 1: Sportbäder mit Freizeitfunktion

Sportbäder mit Freizeitcharakter stellen dem Badbesucher in der Hauptfunktion Sportschwimmbecken mit Saunabereich und gastronomische Einrichtungen (als Nebenleistung) zur Verfügung. Übliche Schwimmbecken sind für den Mehrzweckbetrieb (Tief-/Flachwasser) nutzbar. Zur Beckenausstattung gehören Startblöcke/Sprungbretter, Bahnleinen und Sport-/Spielgeräte.

Derartig gestaltete Anlagen dienen neben einer normalen Nutzung durch die Bevölkerung als Sportstätte für Vereins- und Schulschwimmen. Gastronomie und zusätzliche Extrafunktionen als Angebotsergänzung unterstreichen den Freizeitcharakter derartiger Bäder (hierzu zählen auch einzelne Attraktionen wie Rutschen und/oder Spezialbäder, Spezialsaunen und Sprungtürme). Typische Nachfrager sind Sportler (Vereine), Schulen (Schulschwimmen) und Normalbürger im regionalen Einzugsgebiet. Die Öffnungszeiten und Eintrittspreise sind sozialvertraglich gestaltet.

Typ 2: Attraktionenbad

Bei den Attraktionenbädern (Erlebnisbad, Therme) rückt das Standard-Schwimmbecken, sofern es überhaupt vorhanden ist, in den Hintergrund. Das zentrale Angebot besteht in besonderen Attraktionen, die eine regionale und überregionale Einzigartigkeit des Bades hervorheben. Typisch für Attraktionenbäder sind besondere (extreme)



Sporteinrichtung oder Freizeitbad?

Wasserrutschen, Wildwasserbahnen, Wellen- und Spaßbecken, die teilweise auch untereinander kombiniert werden, um durch Abwechslungsreichtum bestimmte Kundenschichten zu bedienen. Bäder- und Saunalandschaften sind häufig gleich in einer Vielzahl vorhanden, oft nach (exotischen) Themenwelten getrennt. Thermen und Thermenwelten bieten neben Standardsolebecken Angebote an, die über den Wellness- bis hin zum medizinischen Bereich reichen können.

Aufgrund ihrer Ausstattung und Größe haben Attraktionenbäder ein überregionales Einzugsgebiet. Typische Nachfrager sind spezielle Altersgruppen, die mit Angeboten gezielt angesprochen werden (Familien mit Kindern, Jugendliche/Erwachsene oder ältere Bevölkerungsschichten). Die Öffnungszeiten und Eintrittspreise sind auf Markterfordernisse hin ausgerichtet.

Typ 3: Sonderfälle / Einzelfälle / Hybridfälle

In der Praxis gibt es neben einer Vielzahl von Ausprägungen und Abgrenzungen oftmals Sonderfunktionen bzw. Sondernutzungen und -produkte, die separat oder in Kombination mit den o. g. typischen Fallkonstellationen vorliegen.

Solche Sonderfälle bzw. Einzelfälle sind wirtschaftlich und rechtlich gesondert zu beurteilen, u.a. wegen der Vergleichbarkeit. Im Musterfall bestehen Sonderfunktionalitäten z.B. in der Form eines

- Fitnessangebots als Haupt- und/oder Nebenleistung,
- Parkplatzangebots als Nebenleistung und/oder separate Hauptleistung.

Solche Leistungen werden regelmäßig auch von dritter Seite kommerziell angeboten. Diese Sonderfälle sind deshalb im Einzelfall separat zu beurteilen.

Für sog. Hybridfälle sind die o. g. Abgrenzungskriterien oft fließend und müssen einzeln beurteilt werden.

2.4 Ergebnisse von Stufe 1 (Praxisstudie Musterfall in NRW)

(1) Trennungsrechnung: Um einen entsprechenden Nachweis führen zu können, wurden deshalb im ersten Schritt sämtliche Funktionen/Produkte marktbezogen im Rahmen einer Trennungsrechnung getrennt beurteilt. Hierzu wurde zunächst ein Musterschema für Trennungsvorgaben für typische Bäderbetriebe und Funktionen (Trennungsrech-

nung Bäder) erarbeitet. Dabei wurden die Erträge und Aufwendungen für die Betriebsbereiche

- Schwimmbad,
- Sauna,
- Fitness,
- Parkplatz und
- Gastronomie

anhand von direkter Zuordnung bzw. sachgerechter Schlüsselung getrennt ermittelt.

(2) Fehlen des 1. Tatbestandsmerkmals des Art. 107 Abs. 1 AEUV bei Fitness- und Parkplatzbetrieb: So konnte am Beispielsfall festgestellt werden, dass es für die (im Wettbewerb stehenden) Betriebsbereiche Fitness und Parkplatz bereits am Tatbestandsmerkmal der staatlichen Mittel fehlte, weil für diese Leistungen im Musterbad über die o. g. Trennungsrechnung über mehrere Untersuchungs-jahre positive Ergebnisse nachgewiesen werden konnten.

Hinweis: Hinsichtlich zeitweiser jährlicher Verluste (so insbesondere am Anfang des Betriebs solcher wettbewerbsrelevanten Angebote wie Fitness und Parkplatzvermietungen) müsste im Rahmen eines sog. *private investor tests* nachgewiesen werden, dass auch ein privater Investor diese anfänglichen Verluste aufgrund der Erwartung eines Gewinns über die gesamte Betriebszeit der Leistung in Kauf nehmen würde.

Empfehlung: Wir raten dazu, diesen Test vor der Durchführung einer neuen Investition durchzuführen und laufend zu aktualisieren oder solche Leistungen gesellschaftsrechtlich auszugliedern und gesondert zu finanzieren.

(3) Fehlen des 4. Tatbestandsmerkmals des Art. 107 Abs. 1 AEUV bei übrigen kommunalen Bäderfunktionen: Die Analysen im Musterfall haben für die typischen kommunalen Bäderfunktionen und Produkte (Schwimmbad und Sauna) keine Hinweise auf Handelsbeeinträchtigungen ergeben (Fehlen des vierten Tatbestandsmerkmals des Art. 107 Abs. 1 AEUV).

Die EU-Kommission hat in der Mitteilung vom 20.12.2011 (K2011/9404) in Tz. 40 festgestellt, dass Schwimmbäder, die überwiegend von örtlichen Einwohnern genutzt werden, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Die Mitteilung bezieht sich auf die Ent-

scheidung in der Sache Dorsten (N258/2000 vom 16.1.2001) und somit auf ein modernes Sportbad (das auch für Schul- und Vereinsschwimmen genutzt wird) mit damit verbundenen Freizeiteinrichtungen wie Sauna und Gastronomie. Der ganzjährige Betrieb erfolgt zu üblichen Öffnungszeiten, und zwar zu sozial verträglichen Eintrittspreisen mit entsprechendem Zuschussbedarf.

Nach unseren Analyseergebnissen ist als Grundlage für die Untersuchung, ob es am Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigungen fehlt, wiederum zunächst eine sachgerechte Trennungsrechnung erforderlich. Mit dieser Trennungsrechnung konnten die seitens der Kommune zugeführten staatlichen Mittel (Zuschüsse, Ausgleichsgewährung) vollständig und transparent ermittelt werden.

Soweit staatliche Mittel vorlagen, war zu prüfen, ob durch die Zuschüsse bzw. Ausgleichs der Unterdeckung eine „Wettbewerbsverfälschung“ bzw. eine „Handelsbeeinträchtigung“ im Sinne des 4. Tatbestandsmerkmals des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorlag.

Anhand der o.g. Vergleichsanalysen mit im Wettbewerb stehenden Attraktionenbädern haben wir vier Kriterien erarbeitet, anhand derer beurteilt werden kann, ob im Einzelfall überhaupt eine Handelsbeeinträchtigung vorliegen kann.

Nach diesen Untersuchungsergebnissen sind neben der überwiegend örtlichen Nutzung die Nicht-Ausrichtung am Markt bzw. das Vorliegen von Haupt- oder Nebenleistungen zu prüfen. Weiterhin wäre ggf. die EU-Grenznähe als relevantes Kriterium zu berücksichtigen.

Für das Musterbad in NRW wurde durch PKF/IVT anhand dieser vier Kriterien eine rechtliche und wirtschaftliche Beurteilung vorgenommen. Danach beeinträchtigen nach unserer Einschätzung

- die Sportbadleistungen mit konkretem, regionalem Einzugsbereich einschließlich Saunabetrieb als Hauptleistung und
- der Gastronomiebetrieb (und der Parkplatzbetrieb) als Nebenleistung

den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht, wenn die Einhaltung der o.g. Voraussetzungen nachgewiesen werden kann.

Im erstellten Gutachten basiert die Würdigung einer Beihilferelevanz der Bäderfinanzierung auf einer Analyse

von typischen Fallkonstellationen in NRW. Dabei wurden typische Fallkonstellationen im „Soll“ zunächst abstrakt dargestellt und auf dem konkreten Musterfall in dessen Funktionen und Produkten im „Ist“ subsumiert.

2.5 Zwischenergebnis

Die Durchführung einer sachgerechten Trennungsrechnung ist – wie oben dargestellt – zum einen Grundlage für die Nachweisführung, ob das jeweilige Angebot überhaupt über staatliche Mittel (z.B. in Form von Ausgleichen) finanziert wurde (soweit eindeutige, im Wettbewerb stehende Leistungen wie Fitness klar abgegrenzt werden können). Für Anlaufverluste in diesem Bereich wäre ein sog. *private investor test* erforderlich.

Eine anderweitig empfohlene Betrauung war im Musterfall für solche im Wettbewerb stehenden Leistungen mangels staatlicher Mittel entbehrlich.

Über die von uns entwickelten vier Kriterien zur Prüfung der Handelsbeeinträchtigung lässt sich bei typischen kommunalen Sportbädern anhand von Vergleichsdaten nachweisen, ob das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung überhaupt vorliegt. Für das Musterbad konnte dies belegt werden.

Die Tatbestandsmerkmale Begünstigung und Selektivität waren aufgrund o.g. Analyseergebnisse nicht weiter zu untersuchen. Danach besteht im Musterbad kein Erfordernis einer Betrauung entsprechend der Altmark-Trans-Rechtsprechung, wenn die o.g. Kriterien nachhaltig belegt werden können.

3. Abstimmung mit der EU-Kommission (Stufe 2 der Praxisstudie)

Wir sind derzeit dabei, im Namen maßgeblicher Vertreter des VKU NRW die oben dargestellten Gutachtenergebnisse anhand eines abstrakten Musterfalls mit der EU-Kommission abzustimmen und damit abzusichern (Stufe 2 der Studie). Zur Abstimmung mit der EU-Kommission wurde uns zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Artikels eine zuständige Stelle der Generaldirektion Wettbewerb benannt. Es ist insofern absehbar, dass die entwickelten Grundsätze in Kürze mit der EU-Kommission besprochen werden können und damit die Rechtssicherheit für Standardfälle hergestellt wird.

4. Fazit und Ausblick auf Stufe 3

Wir halten die oben beschriebene Vorgehensweise – also in einem ersten Schritt eine Bestandsaufnahme und Trennungsrechnung für sämtliche Funktionen einen Schwimmbads – in jedem Fall für erforderlich. Nur so kann sicher festgestellt werden, ob für einen kommunalen Bäderbetrieb bzw. einzelne Funktionen oder Produkte eine Betrauung entbehrlich oder erforderlich ist. Auch im Fall einer Betrauung ist eine transparente Ermittlung der funktionalen Ergebnisse erforderlich.

Im Regelfall wird man nach unserer Einschätzung bei dieser Vorgehensweise für ein typisches kommunales Sportbad mit Freizeitcharakter im oben beschriebenen Sinne zu dem Ergebnis kommen, dass ein Betrauungsakt nicht erforderlich ist. Für die in dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission vom 20.12.2011 (K(2011) 9380) mögliche Befreiung von der Notifizierung gilt dies analog (nach dem Freistellungsbeschluss wäre das 4. Altmark-Trans-Kriterium nicht relevant; es liegt jedoch eine Beihilfe vor).

Anhand der vorgeschlagenen Stufe 3 der Studie kann ermittelt werden, ob für den konkreten Einzel- oder Sonderfall eine Betrauung erforderlich ist bzw. welche anderen Maßnahmen ansonsten für eine beihilferechtliche Absicherung empfehlenswert bzw. möglich sind.

Insbesondere bei sog. Hybridfällen, also in den Fällen, in denen sich das Angebot an gewerbliche Marktanbieter annähert und keine sog. „DAWI-Verpflichtung“ (vgl. dazu den ausführlichen Beitrag in den PKF-Nachrichten 1/2012) vorliegt, ist eine anderweitige Absicherung z.B. durch Finanzierungsnachweise bzw. *private investor tests* (s. dazu unter Abschn. 2.4) angezeigt.

Empfehlung: In EU-Grenznähe sind Betrauungsakte derzeit vorsorglich zu empfehlen, solange eine Abstimmung mit der EU-Kommission hinsichtlich der Bedeutung dieses Kriteriums noch nicht vorliegt.

Hinweis: Bei allen Maßnahmen im kommunalen Bereich ist die Sicherstellung des kommunalen Querverbunds zu beachten. Im Steuerrecht gilt, dass eine Nachweisführung der Rechtmäßigkeit der Finanzierung in der Regel weniger risikoreich ist als neue rechtliche Konstruktionen (wie Betrauungsakte oder gar die Anwendung der Freistellungsentscheidung, die für die oben beschriebenen risikorelevanten Funktionen und Produkte im Bäderbereich zum Großteil keine Lösung enthält).

VERKEHRSWIRTSCHAFT

ÖPNV erhält Leitlinien zur Anwendung der VO (EG) 1370/2007

Beseitigung von Rechtsunsicherheiten

Die EU-Kommission plant die Herausgabe von Leitlinien zur VO (EG) 1370/2007. Die am 3.12.2009 in Kraft getretene VO hatte zwar für den ÖPNV Schiene und Straße einerseits einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen geschaffen, andererseits aber auch zu großen Rechtsunsicherheiten bei ihrer Anwendung geführt.

Da die Vorgaben der VO unmittelbar gelten und es einer Umsetzung in nationales Recht nicht bedarf, entsteht für die Mitgliedstaaten aufgrund zahlreicher Regelungsvorbehalte für das nationale Recht ein großer Umsetzungsspielraum. Daraus resultierte in den vergangenen Jahren eine Fülle an unterschiedlichen Vorgaben und Umsetzungen bezüglich der Anwendung der VO-Vorgaben.

Die EU-Kommission hat nun gegenüber PKF bestätigt, dass sie auf die entstandenen Rechtsunsicherheiten und die zahlreichen Anfragen reagieren wird: Demnach wurde beschlossen, dass im Jahr 2012 Auslegungsrichtlinien zur Durchführung der VO (EG) 1370/2007 veröffentlicht werden. Allerdings wird es sich hierbei um nicht verbindliche Leitlinien handeln, da die Auslegung der VO und des EU-Vertrags dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten ist.

Dennoch ist die Herausgabe von Leitlinien begrüßenswert, wie beispielsweise die Überarbeitung des Almunia-Pakets (auch Monti-Kroes-Paket genannt, vgl. dazu den ausführlichen Beitrag in den PKF Themen ÖS 01/2012) gezeigt hat. Dort wurden u.a. die Rechtsmeinung der Kommission zur Überkompensation und konkrete Berechnungen vorgegeben.

Hinweis: Es darf wohl davon ausgegangen werden, dass sich die über PKF abgestimmten Inhalte zum Anhang der VO wie beispielsweise Vorgaben zur Trennungsrechnung und Anhangsabrechnung in den Leitlinien wiederfinden werden.

VERSORGUNGSWIRTSCHAFT

Auskunftspflicht von Wasserversorgern

Rechtmäßigkeit der Wasserentgelte eines Zweckverbands?

Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist zur Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse verpflichtet – dies hat der BGH kürzlich für den Fall entschieden, dass die Körperschaft Trinkwasser auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungszwangs und einer Wassergebührensatzung liefert.

1. Auskunftsbeschlüsse des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hatte Auskunftsbeschlüsse gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen zahlreiche Trinkwasserversorgungsunternehmen erlassen. Hierzu gehört auch ein Zweckverband, der Wassergebühren nach kommunaler Gebührensatzung erhob. Insoweit war das OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis gekommen, dass ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Auskunftsbeschlusses bestehen, da der Zweckverband als hoheitlich zu qualifizieren und damit das GWB nicht anwendbar sei.

2. BGH bejaht Auskunftspflicht

Der BGH entschied nunmehr, dass auch Körperschaften des öffentlichen Rechts „Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts sein können. Das gilt jedoch dann nicht, wenn die Leistungsbeziehungen zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert sind (z. B. über eine entsprechende Satzung).

Gleichwohl sah der BGH hier eine Auskunftspflicht des Zweckverbands nach § 59 Abs. 1 GWB als gegeben an, da der Unternehmensbegriff funktional zu verstehen sei: Die Vorschrift soll sicherstellen, dass sich die Kartellbehörden ausreichende Informationen verschaffen können.

Dies stellt aber nach der Entscheidung des BGH noch keine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Wasserentgelte des Zweckverbands dar. Eine Vorentscheidung darü-

ber, wer hierüber zu befinden hat, ist damit durch den BGH nicht getroffen worden.

Hinweis: Bei der hier besprochenen BGH-Entscheidung handelt es sich um den Beschluss vom 18.10.2011 (Az. KVR 9/11 – Vorinstanz: OLG Düsseldorf), der Ende Januar 2012 veröffentlicht wurde. Der Volltext ist unter www.bundesgerichtshof.de (Rubrik Entscheidungen) abrufbar.

Förderung regenerativer Energien

Genehmigungsfähige Gestaltung von Biomasseanlagen

Die Fachkommission Städtebau hat am 23.3.2012 neue Hinweise zur Privilegierung von Biomasseanlagen beschlossen. Dies betrifft die Einhaltung gesetzlicher Voraussetzungen, um Biomasseanlagen im Außenbereich genehmigungsfähig zu gestalten.

1. Voraussetzungen der Genehmigungsfähigkeit

Der Bau und die Inbetriebnahme neuer Biomasseanlagen dürfen nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 des Baugesetzbuchs (BauGB) eingehalten werden. Die Fachkommission hat hierzu Hinweise erarbeitet, die von großer praktischer Relevanz sind.

Denn zum einen hat sich mit der in 2011 erfolgten Änderung des BauGB die Bezugsgröße des in § 35 BauGB genannten Leistungswerts geändert. Der bisher 0,5 MW betragende Grenzwert wurde auf 2,0 MW angehoben; zudem wurde als neuer zusätzlicher Grenzwert die Kapazitätsbegrenzung auf max. 2,3 Mio. Normkubikmeter Biogas eingeführt. Zum anderen haben sich durch die Rechtsprechung neue Auslegungsfragen ergeben, auf welche die Fachkonferenz eingeht.

Hinweis: Die Neufassung ersetzt die bisherigen Hinweise der Fachkommission vom 22.3.2006; sie gilt für sämtliche Arten von Biomasseanlagen (Anlagen zur Verwertung fester, flüssiger oder gasförmiger Biomasse).

2. Privilegierungsmerkmale

Die nachfolgend aufgeführten Privilegierungsmerkmale müssen nicht nur zum Zeitpunkt der Genehmigung, son-

dern dauerhaft vorliegen. Im Einzelnen ist vorauszusetzen, dass

- die energetische Nutzung der Biomasse „im Rahmen eines Betriebs“ erfolgt,
- ein räumlich-funktionaler Zusammenhang der Biomasseanlage mit dem Betrieb besteht,
- nur eine Anlage je Hofstelle oder Betriebsstandort geplant ist,
- bestimmte Grenzwerte eingehalten werden und
- die Herkunft der Biomasse eindeutig zuordenbar ist.

Hinweis: Die von der Fachkommission Städtebau zusammengestellten Erläuterungen sind im Volltext abrufbar unter: www.is-argebau.de/Dokumente/4237602.pdf

KURZ NOTIERT

Update Bilanzierungspraxis 2012 für Energie- und Wasserversorger

Anlässlich des am 26.6.2012 in Würzburg stattfindenden BDEW-Informationstags Energie&Wasser wird u. a. Christoph Brüggen (PKF Fasselt Schlage, Duisburg) im Rahmen des „Update Bilanzierungspraxis 2012“ über aktuelle Entwicklungen referieren, die für die Bilanzierungspraxis in der Versorgungswirtschaft von besonderer Bedeutung sind. Das Tagungsprogramm enthält z. B. folgende Themen:

- Bilanzielle Aspekte bei Neuvergabe von Konzessionen
- Änderungen beim Ansatz von Rückstellungen
- Steuerliche Außenprüfungen: Bilanzieller Entscheidungs- und Handlungsbedarf (mit Praxisthemen der Teilnehmer)
- Steuerliche Auswirkungen aus quotalen und disquotalen Einlagen bzw. Gewinnausschüttungen
- Offene Praxisfragen zur BilMoG-Umstellung

Hinweis: Mehr zum vom Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. organisierten Informationstag finden Sie unter www.bdew.de.

Tauschähnlicher Umsatz bei der Abgabe werthaltiger Abfälle

Nachdem das BMF zum Vorliegen eines tauschähnlichen Umsatzes bei der Entsorgung werthaltiger Abfälle bereits am 1.12.2008 eine Stellungnahme (Az: IV B 8 – S 7203/07/10002) herausgegeben hatte, haben sich bei der Anwendung des Schreibens zwischenzeitlich umfangreiche Zweifelsfragen für die Betroffenen ergeben. Hierauf hat das BMF jetzt reagiert und kürzlich den Entwurf eines überarbeiteten Schreibens vorgelegt. Darin konkretisiert das BMF die Fälle, bei denen vom Vorliegen eines tauschähnlichen Umsatzes auszugehen ist:

- So enthält das Schreiben z. B. Ausführungen dazu, wann der Entsorgungsleistung eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Die Ausstellung eines Entsorgungsnachweises soll hierfür nicht mehr ausreichend sein.
- Zudem werden die Fälle ergänzt, bei denen nicht von einem tauschähnlichen Umsatz auszugehen ist.
- Die Bagatellgrenze von 25 kg je Umsatz soll auf 100 kg je Umsatz angehoben werden.
- Auch Angaben zur Rechnungsstellung und zur ordnungsgemäßen Ermittlung der Bemessungsgrundlage wurden eingefügt.

Aufgrund der klarstellenden Funktion sind die Änderungen des Schreibens sehr zu begrüßen. Sie führen zu mehr Rechtssicherheit für die Betroffenen.

Hinweis: Über die Änderungen insgesamt und deren Auswirkungen werden wir Sie bei Vorliegen des endgültigen Schreibens informieren.

Neues Kreislaufwirtschaftsgesetz

Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz ist am 1.6.2012 in Kraft getreten. Es umfasst

- das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz (KRWG) als Nachfolgegesetz zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, außerdem Änderungen
- des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG),
- des Elektro- und Elektronikgerätegesetzes (ElektroG),

- des Batteriegesetzes sowie
- Folgeänderungen von zahlreichen weiteren Gesetzen und Rechtsverordnungen.

In § 3 KrWG werden alle wichtigen Begriffe gesetzlich definiert, die im Gesetz verwendet werden. Hierzu gehören z. B. die Begriffe Bioabfälle (§ 3 Abs. 7 KrWG), gewerbliche Sammlung (§ 3 Abs. 18 KrWG), Kreislaufwirtschaft (§ 3 Abs. 19 KrWG) und weitere zentrale Begriffe wie „Abfall zur Beseitigung“ und „Abfall zur Verwertung“.

In § 6 KrWG wird der europarechtlich vorgegebene fünfstufige Abfallbegriff umgesetzt (Vermeidung, Vorbereitung zur Wiederverwendung, stoffliche Verwertung, energetische Verwertung, Beseitigung).

Erwähnt sei ferner noch, dass in § 8 Abs. 1 Satz 3 KrWG das Postulat der hochwertigen Verwertung festgeschrieben worden ist.

Hinweis: Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz war bereits im Februar 2012 verkündet worden (BGBl I 2012 S. 212 ff.). Die relevanten Neuerungen werden wir im Ein-

zelen in den folgenden PKF Themenheften jeweils im Überblick darstellen.

Regenerative Energieprojekte mit Bürgerbeteiligung

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. veranstaltet am 28.8.2012 in Düsseldorf einen Informationstag zu wirtschaftlichen, politischen und strategischen Aspekten bei der Gestaltung von regenerativen Energieprojekten. Es referieren u. a. Christoph Brüggem und Alexandra von Oelhafen (PKF Fasselt Schlage, Duisburg). Themen werden u. a. sein

- Bürgerbeteiligungen als Finanzierungsstrategie
- Gesellschafts- und schuldrechtliche Formen der Bürgerbeteiligung
- Steuerrechtliche Implikationen und bilanzielle Darstellung
- Besteuerung von Windparkanlagen (offshore/onshore)

Hinweis: Mehr zum vom Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. organisierten Informationstag finden Sie unter www.bdew.de.

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

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 einsehbar.