

FOKUS PUBLIC SECTOR

Informationen für Entscheider in Verwaltung, Unternehmen und Politik

Ausgabe: Juni 2012 – www.roedl.de

> Lesen Sie in dieser Ausgabe

> ENERGIEWENDE

Die Windkraft soll's richten – nur wer (er)richtet die Windkraft? 2

Praxisbeispiel: Hohe Ziele – wie kleine Gemeinden große EE-Projekte realisieren 3

Interview mit dem 1. Bürgermeister der Gemeinde Thaining, Herrn Leonhard Stork 5

Rechtssichere Konzessionsvergabe – aktuelle Brennpunkte 6

Masterplan Energieerzeugung durch Erneuerbare Energien bei Stadtwerken 8

> MANAGEMENT

Einführung eines Führungsinformationssystems (FIS) 10

Beteiligungen in Konsolidierungslagen nicht unberücksichtigt lassen! 11

Beteiligungsmanagement integrieren – Beteiligungssteuerung optimieren 13

> STEUERN

Aktuelles zur Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand – Risiken, aber auch Chancen! 15

Ist „betreutes Wohnen“ umsatzsteuerpflichtig? 17

> RECHT

Frauenquote als soziales Vergabekriterium 18

Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Vertragsrecht – AGB oder Individualvereinbarung 20

Neue Wege für Kommunen und Stiftungen Haftungsrisiken bei der Geldanlage zu reduzieren 22

> RÖDL & PARTNER INTERN

Veranstaltungshinweise 24

Neue Publikation 24

Liebe Leserin, lieber Leser,


der Ausbau der Stromnetze, die Steigerung dezentraler Energieerzeugung und die Förderung Erneuerbarer Energien sind nur einige der Schlagworte, mit denen der Inhalt der Energiewende beschrieben wird. Dass all diese Ziele mit erheblichem Aufwand verbunden sind, der nur durch ein enges Zusammenwirken von Politik, Kommunen, Gesellschaft und Energiewirtschaft bewältigt werden kann, bleibt gerne unerwähnt. Um die Energiewende nicht zu gefährden, sind daher nicht nur die Energiewirtschaft, sondern alle aufgefordert, einen Beitrag zu leisten.

Vor diesem Hintergrund entsteht einerseits die Herausforderung mit diesen Entwicklungen umzugehen und andererseits aber auch die Chance für die Kommunen. Diese zeigen wir Ihnen unter anderem in dem Praxisbericht „Umsetzung von EE-Projekten mit Bürgerbeteiligung“ auf.

Wir wollen unsere Mandanteninformation im Bereich der öffentlichen Verwaltung für Sie leserfreundlicher gestalten und haben dem Newsletter ein „neues Gewand“ mit neuem Titel verliehen. Wir hoffen, dass Ihnen diese Änderungen zusagen und wir Sie weiterhin sowohl über aktuelle rechtliche, steuerliche und wirtschaftliche Entwicklungen informieren können.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre!

Ihr



Martin Wambach
Geschäftsführender Partner



Heiko Pech
Partner

Energiewende

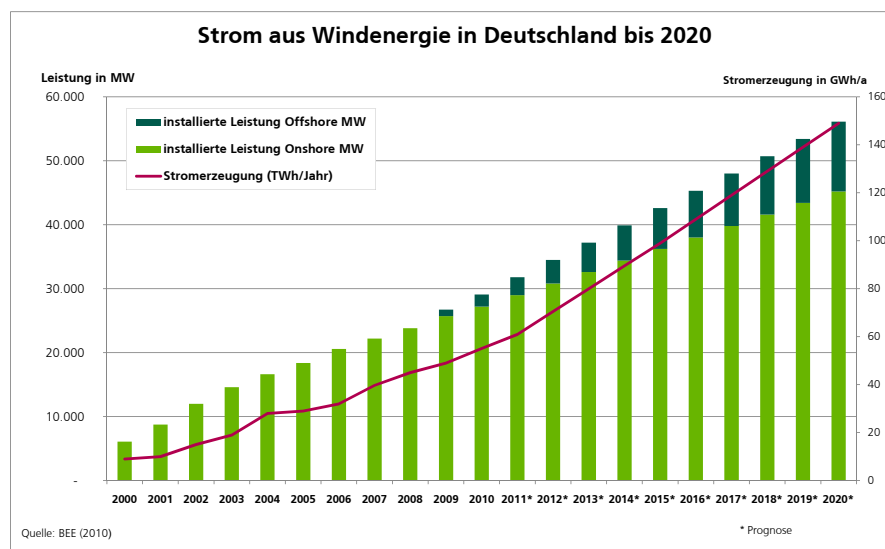
> Die Windkraft soll's richten – nur wer (er)richtet die Windkraft?

Von Kai Imolauer

Im Süden soll die Windkraft massiv ausgebaut werden. Dies benötigt in erster Linie Standorte, welche sich vom Windpotenzial und gemäß öffentlich-rechtlicher Begebenheiten eignen, um entsprechende Projekte zu entwickeln. Der „Kampf“ um die Standorte ist schon längst entbrannt. Es entstehen deutliche Fronten zwischen privaten Projektentwicklern, öffentlichen Versorgern (Stadtwerke) sowie unternehmerischen Kommunen, die selbst ein Projekt entwickeln möchten. Die Möglichkeiten einer Projektentwicklung sind vielfältiger als zunächst gedacht und spannen sich zwischen Eigenentwicklung und Auftragsentwicklung auf. Die Entscheidung, welchen Weg man einschlägt, liegt, wie so oft bei Investitionen, zwischen Chance und Risiko.

Die Windkraft soll die entscheidende Rolle im Hinblick auf die bundespolitischen Ziele der Energiewende spielen. Um das Ziel von 47 Prozent an der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Ener-

gien bis 2020 zu erreichen, werden sich die installierten Leistungen im Windbereich in Deutschland verdoppeln müssen: denn die Windkraft soll's richten.



Ein großer Teil soll aus Offshore-Windprojekten kommen, ein Teil aus Repowering und ein erheblicher Teil von Projekten im Binnenland. Die höchsten Zubauzahlen erwartet man für Bayern und Baden-Württemberg.

Kommunen sollten sich bemühen, bei der Standortvergabe möglichst ihren Einfluss geltend zu machen und gegebenenfalls durchzusetzen. Sollte es der Fall sein, dass Grundstücke als Windvorrangflächen ausgewiesen werden, sollte die Kommune eine aktive Flächensicherung vor privaten Projektentwicklern betreiben. Grundstückseigentümern, im Normalfall sind es Landwirte, ist es vorerst gleichgültig, wer letztendlich für die Pachteinnahmen aus den Erlösen des Stromverkaufs sorgt. Doch hat ein Privater den Pachtvertrag abgeschlossen, bleiben der Kommune nur noch Wegegeld und nach einigen Jahren Gewerbesteuer.

Eine aktive Beteiligung am Projekt wird somit schwierig – zumindest ist man auf die Kooperation des Projektentwicklers an-

gewiesen, welcher allerdings am Verhandlungstisch eine sehr starke Position innehat. Sollte der Idealfall eintreten, dass ein gemeindliches Grundstück für ein Projekt verfügbar ist, eintreten, ist im nächsten Schritt zu klären, wie dieses realisiert werden könnte.

Die verschiedenen Wege zur eigenen Windkraftanlage sind:

1. Finanzbeteiligung bzw. Anteilskauf am bestehenden oder genehmigten Windpark
2. Kooperation mit Projektentwicklern (Projektentwicklungsvertrag)
3. Eigenentwicklung (mit Auftragsplanern, Beratern)

Die Möglichkeit 1 bedeutet in diesem Fall, sich durch Kapitaleinsatz an einem Projekt eines Projektentwicklers zu beteiligen (eine Verpachtung der Fläche an eine Projektgesellschaft vorausgesetzt). Die Entwicklung bleibt ganz in Händen des Entwicklers, das Entwicklungsrisiko trägt man gegebenenfalls gemeinsam. Schwierig sind die Verhandlungen hinsichtlich der

Beteiligungssumme. Da die Investitionen weitgehend erst noch anstehen und das Grundprinzip des Entwicklers sein wird, seine Entwicklungsmarge zu optimieren, ist hier zu empfehlen, eigene Wirtschaftlichkeitskalkulationen durchzuführen, um eine Refinanzierung der beispielsweise kommunal verbürgten Kredite abzusichern und entsprechende Regelungen für eine Mindestrendite zu finden.

Sollte man bereits bei der Entwicklung einsteigen, sind entsprechende Regelungen im Konsortialvertrag einzufügen, welche die Investition und somit die Finanzierung der Beteiligung absichern. Es sollte fixiert sein, dass die Güte des Standorts des Windparks und die Rendite der Investition in Relation stehen und somit ein deutlicher Anreiz besteht, den optimalen Windpark (hinsichtlich Potenzial und technischer Ausführung) zu errichten. Hilfreich sind hier entsprechende Cash-Flow-Modelle, welche als Vertragsbestandteil Planwerte fixieren und über die Istwerte letztendlich eine Anpassung möglich machen.

Der Einstieg in einen fertigen Park ohne eigenes Grundstück bedeutet, in Konkurrenz zu anderen Investoren zu treten. Der private Projektentwickler wird hier versuchen, seine Marge (und somit den Verkaufspreis) zu optimieren und hat aufgrund der hohen Nachfrage am Markt durch Stadtwerke oder private Fondsunternehmen eine sehr gute Verhandlungsposition.

Die Möglichkeit 2 ist grundsätzlich gut realisierbar, wenn der Entwicklungsvertrag neben den zu erbringenden Leistungen auch klar und transparent fixiert, welcher Kaufpreis bezahlt wird (CF-Modell als Vertragsbestandteil). Übernommen wird jedoch ein Teil des Errichtungsrisikos, da selbst, bei Misserfolg des Projekts ein Großteil der Entwicklungsgebühren zu bezahlen ist. Darüber hinaus ist die Rendite durch die entstandenen hohen Kosten – auch im Falle der erfolgreichen Projektfertigstellung – geringer.

Die Möglichkeit 3 birgt die größte Chance. Sollten Kommunen den Mut aufbringen, das Heft selbst in die Hand zu nehmen, spricht auch ein Projektentwicklungsrisiko einzugehen, werden sie am Ende auch die größte Rendite verbuchen können. Gerade bei Windparks, welche in der Gemarkung der eigenen Kommune errichtet werden sollen, ist die kommunalpolitische

Verflechtung von erheblichem Vorteil, um potenzielle Standorte zu sichern. Es entstehen zwar durch die Auftragsplanung und externe Beratung Kosten, welche aber letztendlich schrittweise parallel zur Projektentwicklung anfallen und bei einem Scheitern nur bis zur erreichten Projektphase zu bezahlen sind. Darüber hinaus fallen Beratungskosten nicht für Tätigkeiten an, die von der Kommune auch selbst übernommen werden können. Die große Chance besteht somit einerseits darin, dass erheblich stärker Einfluss auf die Projektentwicklung genommen werden kann und andererseits aufgrund eingesparter Projektentwicklungsmargen bei den Entwicklern eine größere Rendite mit dem Projekt realisiert werden kann.

Die unabhängige Eigenentwicklung hat weitere Vorteile. Eine Kommune kann ihre Bürger direkt am kommunalen Windrad beteiligen (ähnlich der PV-Anlagen-Beteiligungsmodelle) und somit einerseits als Kommune direkt und indirekt ihre Bürger an der Energieerzeugung für die Kommune teilhaben lassen. Vorerst werden die Windkraftanlagen über die Erlöse auf der Basis des EEGs refinanziert. Doch in naher Zukunft kann jede Kommune den Weg zu einem Stadtwerk oder Stromhändler wählen und sich „ihren“ Windstrom über Vermarktungsmodelle wieder anbieten lassen. Hierdurch lassen sich preisstabile Stromprodukte auflegen, welche exklusiv für die Haushalte der Kommunen angeboten werden. Diese Integration bringt die Energie der Windanlage quasi wieder zurück zu den Eigentümern. Eine Chance, welche man bei verfügbaren Potenzialen nicht ungenutzt verstreichen lassen sollte.

Kontakt für weitere Informationen:



Kai Imolauer

Diplom-Wirtschaftsingenieur (FH)

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 06

E-Mail: kai.imolauer@roedl.com

Praxisbericht

> Hohe Ziele – wie kleine Gemeinden große EE-Projekte realisieren

Von Christian Marthol

Auch für kleine Gemeinden gibt es sinnvolle Wege, EE-Projekte in nicht unerheblichem Umfang zu realisieren. Entscheidend für den Projekterfolg wird regelmäßig die intelligente Einbindung der Bürger sein. Insoweit hängt viel von der passenden Ausgestaltung des eingesetzten Bürgerbeteiligungsmodells ab.

Die Gemeinde Thaining mit ihren knapp 900 Einwohnern übernimmt bayernweit eine Vorreiterrolle und hat sich das ehrgeizige Ziel gesetzt, gemeinsam mit ihren Bürgern in Eigenregie der Gemeinde ein Windenergieprojekt zu realisieren. Der Gemeinderat hat bereits einstimmig beschlossen, dass es eine Bürgerbefragung im Hinblick auf das Windenergieprojekt geben soll. Auch die Rechtsaufsichtsbehörde hat signalisiert, ein solches Vorhaben zu unterstützen. Der Behördenvertreter hat der Gemeinde empfohlen, die Bürger im Rahmen eines Bürgerentscheides abstimmen zu lassen, um auf diesem Weg Planungssicherheit zu erreichen. Auch ein möglicher Projektstandort wurde bereits gefunden. Aufgrund eines vorliegenden Windgutachtens ist die Errichtung auf einem bei der Gemeindekiesgrube gelegenen Standort möglich. Insoweit hat sich auch die Naturschutzbehörde positiv geäußert. Die Zeichen für eine erfolgreiche Projektumsetzung stehen daher gut.

Bürgereinbindung – Erhöhung der gesellschaftlichen Akzeptanz

Wesentlich für die erfolgreiche Projektumsetzung ist eine breite Projektakzeptanz in der Gemeinde. Gerade kleinere Gemeinden dürften EE-Projekte, wie etwa die Errichtung eines oder mehrerer Windräder, nur schwer gegen die Zustimmung der Bürger umsetzen können, da hier die Bürgerschaft oftmals besonders gut und eng vernetzt ist.

Voraussetzung für die Zustimmung der Bürger ist somit, dass für den Einzelnen ein konkreter Anreiz besteht, das Projekt zu unterstützen. Eine mittelbare Partizipation über eine Verbesserung der kommunalen Ertragslage wird die Akzeptanz begünstigen. Der Königsweg ist allerdings, wenn die Bürger unmittelbar profitieren können. Um eine solche Win-win-Situation zu schaffen, ist die Ausgestaltung des Beteiligungsmodells entscheidend.

Erster Schritt: Rechtsformwahl

Auch bei kleineren Gemeinden gilt es zunächst, eine geeignete Rechtsform für das Projekt zu suchen. Im Fall Thaining erscheint die Rechtsform einer GmbH & Co. KG in Verbindung mit

einer Energie-Genossenschaft als empfehlenswerte Handlungsoption. Die Frage der geeigneten Rechtsform lässt sich in der Praxis aber immer nur für das konkrete Projekt beantworten. Hierbei spielt etwa die Überlegung eine Rolle, wie die Aufgaben der Projektentwicklung sowie der Projektsteuerung koordiniert werden sollen. Aus Gemeindesicht wird zudem die Möglichkeit interessant sein, das Projekt maßgeblich zu steuern und zu beeinflussen. Da andererseits auch die Projektfinanzierung für kleine Gemeinden keine unwesentliche Hürde darstellt, werden die Wege zur Kapitalaufbringung die Überlegungen der Gemeinde und letztlich die konkrete Ausgestaltung beeinflussen. In der Praxis interessant ist etwa eine Beteiligung kommunaler (Energie-)Versorger, aber auch der projektrelevanten Grundstückseigentümer sowie der Bürger generell.

Zweiter Schritt: Einbindung der Bürgerschaft

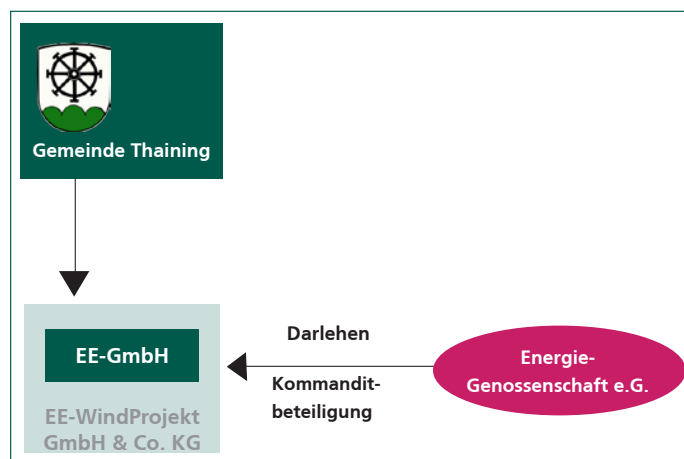
Um eine möglichst große Zustimmung bei den Gemeindebewohnern zu erreichen, ist – wie bereits aufgezeigt – eine breite Bürgerbeteiligung hilfreich. Auch hier sind grundsätzlich viele Wege der Einbindung denkbar. Eine praxiserprobte Lösung bietet das Vehikel der Energie-Genossenschaft. Diese ermöglicht einerseits die Beteiligung einer Vielzahl von Bürgern im Rahmen einer Mitgliedschaft, belastet die Projektgesellschaft aber andererseits nicht mit zusätzlichem organisatorischen Aufwand. Schließlich kann in der Satzung der Genossenschaft geregelt werden, dass sich die Genossen bereits mit „bezahlbaren“ Geschäftsanteilen an der Genossenschaft beteiligen können. Somit ist gewährleistet, dass sich Bürger aller Einkommensschichten in das Projekt einbringen können. Ein zusätzlicher Vorteil der Finanzierung über eine Genossenschaft ist, dass die Ausgabe von Genossenschaftsanteilen nicht den Grundsätzen der Prospekthaftung unterliegt, sodass – anders als etwa bei der Veräußerung von Kommanditanteilen oder der Herausgabe von „EE-Sparbriefen“ – keine aufwendige Prospektierung für die Herausgabe der Anteile erforderlich ist.

Exkurs: Interkommunale Zusammenarbeit

Gerade kleinere Gemeinden werden im Hinblick auf Projekte mit großem Finanzierungsvolumen den Zusammenschluss mit weiteren Partnern suchen. Hierbei kommt es darauf an, einen geeigneten Rechtsrahmen zu wählen. Von Vorteil ist der Zusammenschluss immer dann, wenn es gelingt, Synergiepotenziale nutzbar zu machen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang etwa die Möglichkeit, mehrere Projekte zentral und daher mit im Verhältnis geringerem Aufwand zu koordinieren. Weiter kann eine Risikodiversifikation erreicht werden.

Fazit

Die Bürgerbeteiligung eröffnet auch kleinen Gemeinden einen Weg, große Erneuerbare-Energie-Projekte zu realisieren. Die Einbindung der Bevölkerung kann das Projekt in zweierlei Hinsicht unterstützen. Soweit in den Gemeindegremien grundlegende



Entscheidungen zu treffen sind, werden diese praktisch von einer Akzeptanz in der Bürgerschaft beeinflusst. Weiterhin kann aber auch der mögliche finanzielle Beitrag der Bürger projektentscheidend sein.

Im Ergebnis kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des Beteiligungsmodells an. Hierfür sind neben projektbezogenen Faktoren auch strategische Motive maßgeblich. Im Raum stehen Fragen der Finanzierbarkeit als auch der Einbindung der Bürgergesellschaft zur Projektunterstützung. Sind diese Fragen beantwortet, muss die Umsetzung unter Berücksichtigung der – teils komplexen – rechtlichen und steuerlichen Anforderungen erfolgen. Wir bieten Ihnen hierzu gerne unsere Unterstützung an!

Kontakt für weitere Informationen:



Christian Marthol

Rechtsanwalt

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 55

E-Mail: christian.marthol@roedl.com



> Interview mit dem 1. Bürgermeister der Gemeinde Thaining, Herrn Leonhard Stork

Wie ist die Idee zu dem Projekt der Bürgerbeteiligung für ein Windenergieprojekt entstanden?

Seit ich 1. Bürgermeister der Gemeinde Thaining bin, habe ich an einigen Tagungen und Seminaren zum Thema Erneuerbare Energien teilgenommen. Z. B. beim Bayerischen Gemeindetag, bei der Bayerischen Gemeindezeitung, bei der Bayerischen Versicherungskammer, beim LfU Bayern, bei Ostwind usw. Vor allem ging es immer um das Thema: wie können wir den CO₂-Ausstoß reduzieren und wie kann der Klimawandel gestoppt werden? Ich bin der Meinung, dass die Energiewende vor allem auf dem Land umgesetzt werden muss und dass wir Kommunalpolitiker gefordert sind, dies gemeinsam mit den Bürgern zu vollziehen. Der Windstrom ist von den Kosten der Nutzung und vom Flächenverbrauch her relativ günstig und so ist bei mir die Idee gereift eine Wind-Kraft-Anlage (WKA) auf unserem Gemeindegebiet als Bürgerwindanlage zu bauen und zu betreiben.

Sie sind eine der ersten Kommunen, die ein solches Projekt auf den Weg bringt. Wo sehen Sie die Schwierigkeiten?

Auf dem Weg, den wir gegangen sind, gibt es immer wieder Hürden. Erst war es wichtig, die Bürger zu informieren und auch die Gegner zu überzeugen. Dann war da die Sache mit der Bürgerbeteiligung. Als Kommune darf man kein Geld von den Bürgern für die Umsetzung eines solchen Projektes nehmen. Dazu haben wir dann die Beratung aus dem Hause Rödl & Partner in Anspruch genommen. Dann mussten wir lange warten, bis wir von der Regierung die Zusage bekamen, dass eine Kommune selbst als Stromerzeuger auftreten darf, da die erzeugte Menge nicht höher sein darf als in der Gemeinde verbraucht wird. Durch die Gründung der GmbH wurde uns

erlaubt, mehr Strom zu erzeugen, als in unserem Gemeindegebiet verbraucht wird. Derzeit läuft die artenschutzrechtliche Prüfung. Bei uns gibt es den Rot- und den Schwarzmilan. Ich hoffe, dass beide, die WKA und die Vögel, nebeneinander leben können. Die nächste Hürde ist der Netzanschluss. Wir hoffen, dass unsere LEW eine Möglichkeit findet für eine Abnahme des Windstroms, da nach deren Aussage das Netz durch die PV-Anlagen schon fast ausgelastet ist. Ansonsten halten wir die Abstände nach den Vorgaben im Bayerischen Winderlass ein und gehen davon aus, dass die Immissionsschutzbehörde uns den vorgesehenen Standort genehmigt.

Wo sehen Sie die Vorteile des Projektes?

Die WKA erzeugt CO₂-freien Strom und versorgt etwa vier mal so viel Strom, wie unsere Gemeinde verbraucht. Außerdem sollen die Anleger eine gute Rendite erhalten. Die Wertschöpfung wird somit vor Ort bleiben.

Wie verläuft die Entwicklung des Projektes bis jetzt?

Die Entwicklung der WKA Thaining verläuft bis jetzt zufriedenstellend. Der Gemeinderat steht hinter dem Projekt und unsere Bürger unterstützen es mit großer Mehrheit. Das artenschutzrechtliche Gutachten sollte im Oktober abgeschlossen sein. In nächster Zeit werden wir die GmbH & Co. KG gründen und in die Ausschreibung gehen. Gleichzeitig stellen wir die geforderten Unterlagen für den Bauantrag zusammen.

Wie wird Ihrer Meinung nach die Zukunft dieses Projektes aussehen?

Wenn alles nach unseren Plänen verläuft, sollten wir 2013 bauen und 2014 in Betrieb gehen können.

> Rechtssichere Konzessionsvergabe – aktuelle Brennpunkte

Von Patrick Embacher

Die Kommunen sehen sich in ihrer Funktion als verfahrensleitende Stelle bei der Vergabe von Konzessionen mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten in einem hart umkämpften Wettbewerb um die Netze konfrontiert. Mit juristischen Angriffen unterlegener Bieter ist zu rechnen, sei es über eine Eingabe bei der Kartellbehörde oder im Gerichtswege. Die Herausforderung besteht darin, politische Zielvorstellungen zu definieren und diese in rechtskonforme Auswahlkriterien sowie in ein sicheres Verfahren umzusetzen. Hierbei unterstützen wir Sie!

Zum ersten Mal herrscht im Zuge auslaufender Konzessionsverträge tatsächlich ein Wettbewerb zwischen den Energieversorgern um die Verteilernetze. Dies bietet für die Kommunen viele Chancen. So nutzen viele Kommunen in diesem Zusammenhang die Möglichkeit der Einflussnahme auf die künftige Ausgestaltung der kommunalen Energielandschaft und prüfen im Rahmen der Konzessionsvergabeverfahren eine unternehmerische Betätigung im Bereich der Energieversorgung bzw. die Ergänzung der Gas-/Stromsparte bei ihren bereits bestehenden Stadtwerken. Auf der anderen Seite stellt sich für Kommunen und deren Stadtwerke, die bereits über eine Gas-/Stromsparte verfügen, die Frage des rechtssicheren Neuabschlusses der entsprechenden Konzessionsverträge.

Vor dem Hintergrund des Wettbewerbs und der gestiegenen Anforderungen hat für alle Konstellationen der Aspekt der Rechtssicherheit der Konzessionsvergabe zentrale Bedeutung erlangt. Rechtsfolge eines nicht ordnungsgemäßen Verfahrens ist regelmäßig die Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge.

Anforderungen von BKartA und BNetzA

Bundeskartellamt (BKartA) und Bundesnetzagentur (BNetzA) haben mit Blick auf die insoweit maßgeblichen § 46 EnWG, §§ 19, 20 GWB in ihrem gemeinsamen Leitfaden zur Konzessionsvergabe und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom Dezember 2010 gewisse Leitlinien formuliert. Danach kommt den Kommunen eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bei der Vergabe der Konzessionen zu. Die Folge sind besondere Anforderungen an die Kommune als verfahrensleitende Stelle im Sinne der Einhaltung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, wie z. B. die klare Benennung von Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern.

Ein Großteil der Kommunen ist über die inhaltlichen sowie verfahrensrechtlichen Anforderungen von BKartA und BNetzA an die Konzessionsvergabeverfahren informiert. Die praktische Umsetzung stellt die Verfahrensbeteiligten gleichwohl immer wieder vor größere Probleme, da sich aus den Verlautbarungen der Behörden neue Fragen ableiten lassen, die aktuell im Wesentlichen ungeklärt sind und sich auf die Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte bei der Auswahlentscheidung fokus-

sieren. Einige Landeskartellbehörden haben sich zu diesen Fragen geäußert und selbst Ausführungen zu den entsprechenden Problemen gemacht.

Positionspapier Landeskartellbehörde Baden-Württemberg – Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit

BKartA und BNetzA hatten ausgeführt, weder Einnahmen der Kommune noch deren Strukturentscheidungen dürften den Ausschlag bei der Konzessionsvergabe geben. Die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg geht davon aus, dass auch die Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung von Kostensynergien und Effizienzvorteilen als Auswahlkriterium zulässig ist, solange die Auswahl der Angebote im Hinblick auf § 1 EnWG ermessensfehlerfrei erfolgt und dadurch nicht die dort genannten Zielvorgaben in der Folge einer getroffenen Auswahl unterminiert werden. Da der Leitfaden von BKartA und BNetzA sich nur auf die reine Vergabe der Konzession bezogen hatte, wird man mit der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg davon ausgehen dürfen, dass die Wirtschaftlichkeit im Rahmen der Bewertung von Kooperationsangeboten eine (zumindest untergeordnete) Rolle spielen und damit als Kriterium angemessen berücksichtigt werden darf. Dies steht unter der Prämisse, dass auch bei der Umsetzung eines Kooperationsmodells unter kommunaler Beteiligung die Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes bestmöglich umgesetzt werden.

Kooperationsmodelle müssen im Rahmen von Konzessionsvergabeverfahren grundsätzlich einer Prüfung auf ihre Marktüblichkeit standhalten. Ein häufiges Problem ist die Vereinbarkeit bestimmter Angebote mit § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) und die Frage nach einem möglichen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot. Im Hinblick auf die Risikoverteilung gilt hier der Grundsatz vom Gleichlauf der Herrschaft und Haftung. In einer gemeinsamen Netzgesellschaft muss jeder Gesellschafter das Risiko entsprechend seiner Beteiligungshöhe tragen. Unzulässig sind damit asynchrone Gesellschafterstellungen, bei denen der Gleichlauf von Chancen und Risiken aufgelöst wird sowie asynchrone Verteilungen der Finanzierung einerseits und Einwirkungsrechte andererseits. Bei einem Pachtmodell muss eine etwaig angebotene Garantie- bzw. Mindestverzinsung auf das eingesetzte Kapital folglich einem Drittvergleich standhalten und insbesondere marktüblichen Kondi-

tionen entsprechen. Das Positionspapier Baden-Württemberg nennt hierfür grundsätzlich einen Höchstsatz von 5,55 Prozent Rendite auf das eingesetzte Kapital vor Steuern.

Prozessuale Vorgaben und aktuelle Rechtsprechung

Zur Umsetzung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens geht auch die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg davon aus, dass das wesentliche Element zur Verfahrenssteuerung die Auswahlkriterien sind. Neben der reinen Festlegung dieser Maßstäbe müssen die Angebote gegenübergestellt und ausschließlich anhand der vorher festgelegten Kriterien bewertet werden. Eine Änderung der Auswahlkriterien im laufenden Verfahren z. B. stellt, dies ist mittlerweile gerichtlich bestätigt, eine offensichtliche Diskriminierung dar und ist daher unzulässig (VG Aachen: Beschluss vom 13. September 2011 – 1 L 286/11 bestätigt durch OVG, 10. Februar 2012, 11 B 1187/11).

Kritisch gesehen werden von der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg darüber hinaus Vorverhandlungen über Gemeinschaftsunternehmen vor der Entscheidung über die Konzessionsvergabe. Die Schwelle der Unzulässigkeit ist zumindest dann überschritten, wenn Gesellschafts- oder Pachtverträge bereits geschlossen wurden.

Die Verfahren der Kommunen zur Vergabe von Strom- und Gas Konzessionen sind auch Gegenstand zweier Gerichtsentscheidungen des LG Kiel (Urteil vom 03. Februar 2012, 14 O 12/11. Kart.; Urteil vom 03. Februar 2012, 14 O 83/10.Kart.). Die Entscheidungen beschäftigen sich unter anderem mit der Frage der Zulässigkeit bestimmter Auswahlkriterien. Seit der Novelle des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG sind die Kommunen bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Das LG Kiel stellt nunmehr fest, dass ein Vergabeverfahren, bei dem nahezu sämtliche Auswahlkriterien das fiskalische Interesse der Gemeinde betreffen, den Vorgaben des § 1 EnWG widerspricht und somit unwirksam ist. Auch wenn die Entscheidungen in ihrer Gesamtheit streitbar sind, wird man feststellen müssen, dass die Vorgehensweise, die Ziele des § 1 EnWG in der Begründung der Auswahlentscheidung nicht zu erwähnen, zukünftig nicht mehr mit der Anforderung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG vereinbar sein dürfte. Eine obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Thematik bleibt abzuwarten.

Aktuelle Entwicklungen

Abgebende Netzbetreiber kämpfen mitunter mit harten Bandagen, um Kommunen, die sich in den Verfahren zur Vergabe der Konzessionen befinden, von einem Wechsel des Netzbetreibers abzubringen. So wird teilweise nach Auslaufen der Nachwirkfrist gemäß § 48 Absatz 4 EnWG bzw. nach dem Ende etwaiger Interimsvereinbarungen von dem Altkonzessionär, der aufgrund andauernder Verhandlungen mit dem Neukonzessionär noch den Netzbetrieb gewährleistet, keine Konzessionsabgabe mehr gezahlt.

Neuabschluss von Konzessionsverträgen mit eigenen Stadtwerken

Die vorstehend geschilderten Anforderungen gelten entsprechend für den Neuabschluss von Konzessionsverträgen mit eigenen Stadtwerken der Kommune. Auch hier ist ein transparentes, diskriminierungsfreies Verfahren auf der Grundlage verbindlicher Auswahlkriterien durchzuführen. Eine sogenannte Inhouse-Vergabe kommt nach herrschender Meinung auch bei einer 100%igen-Beteiligung der Kommune nicht in Betracht. Allerdings wird man durch entsprechende Gestaltung der Auswahlkriterien in zulässiger Weise steuernden Einfluss nehmen können. Geht es um die Ergänzung einer Sparte bei bestehenden Stadtwerken, gegebenenfalls unter Beteiligung eines anderen EVU, empfiehlt sich aus verfahrensrechtlichen und taktischen Gründen in der Regel eine Trennung von Konzessionsverfahren und dem gegebenenfalls durchzuführenden Verfahren zur Suche eines strategischen Beteiligungspartners für den Aufbau der Gas-/Stromsparte.

Fazit

Die Kommunen sehen sich in ihrer Funktion als verfahrensleitende Stelle bei der Vergabe von Konzessionen komplexen rechtlichen Anforderungen gegenüber. Der Fokus der Kommunen muss, auch bei einer in Teilbereichen gerichtlich nicht geklärten Rechtslage, auf der Durchführung eines den Vorgaben des EnWG sowie der Kartellbehörden entsprechenden Verfahrens liegen. Es ist damit zu rechnen, dass abgebende Netzbetreiber sowie gegebenenfalls unterlegene Mitbewerber eine gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung herbeiführen. Ein wesentliches Steuerungselement sind die Auswahlkriterien, die klare Strukturierung und Kommunikation des Verfahrens gegenüber den Bietern sowie eine gerichtsfeste Dokumentation. Um wesentliche Risiken bei der Netzübernahme (insbesondere den Ausfall von Konzessionsabgaben) zu vermeiden, müssen zwingend Vereinbarungen mit den Altkonzessionären getroffen bzw. Modelle mit den Neukonzessionären verhandelt werden, die im Rahmen der Vorgaben des § 3 KAV für eine Risikominimierung sorgen.

Kontakt für weitere Informationen:



Patrick Embacher

Rechtsanwalt

Tel.: +49 (2 21) 94 99 09-219

E-Mail: patrick.embacher@roedl.com

> Masterplan Energieerzeugung durch Erneuerbare Energien bei Stadtwerken

Von Anton Berger

Grundsätzlich ist der Ausbau der Erneuerbaren Energien im Zeitalter der Energiewende eine enorme Herausforderung für Stadtwerke. Einerseits stellt dieses Thema eine große Chance für die Unternehmen dar, was einhergeht mit der Generierung von Wertschöpfung und Beschäftigungseffekten vor Ort sowie der Erzielung von zusätzlichen Einnahmen. Auf der anderen Seite sind nicht unerhebliche Risiken zu beachten. So sind EE-Projekte volatilen Beschaffungsmärkten im Biomassebereich, schwankenden Energieerträgen im Wind- und PV-Bereich oder Leistungsrisiken bei Offshore-Windprojekten ausgesetzt.

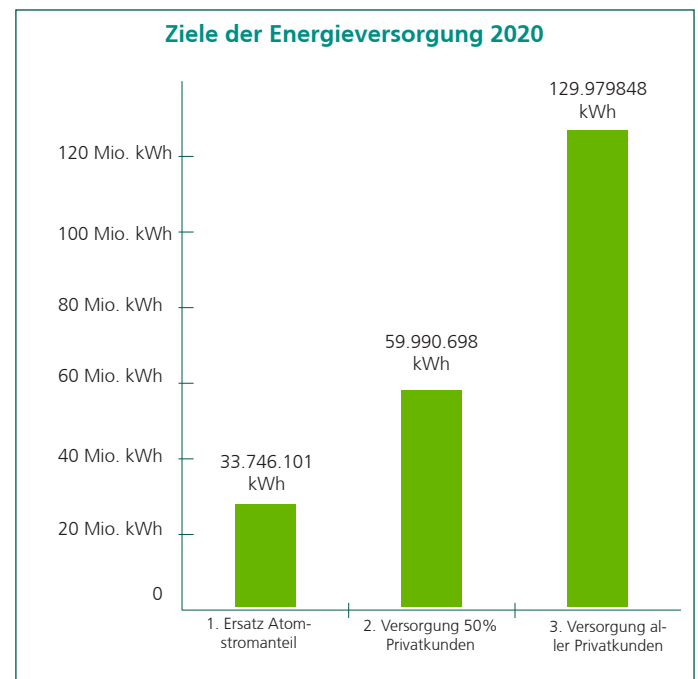
Stadtwerke sind aktuell in der klassischen Energieversorgung mit sinkenden Gewinnerwartungen konfrontiert. So führt die Anreizregulierung zu sinkenden Netzerlösen, das Vertriebsgeschäft zu rückläufigen Margen sowie die Umsetzung von Energieeffizienzmaßnahmen zu reduzierten Wärme- und Gasverkaufsmengen. Diese Auswirkungen müssen zukünftig mit anderen Projekten und Geschäftsfeldern kompensiert werden, um eine dauerhafte Ergebnisverschlechterung zu vermeiden. Ein weiteres Problem stellt daher auch der rückläufige Cashflow aus der laufenden Geschäftstätigkeit dar.

Es ist nun ein Spagat, aufgrund der beschriebenen Effekte die Investition in EE-Projekte zu bewältigen. Daher ist eine exakte Analyse der zukünftigen Geschäftsentwicklung unabdingbar. Im Spannungsfeld mit den Anforderungen der (kommunalen) Gesellschafter, die weiterhin Ausschüttungen in gewohnter Höhe erwarten und gleichzeitig aber die Umsetzung von EE-Projekten fordern, ist eine strukturierte Vorgehensweise unabdingbar.

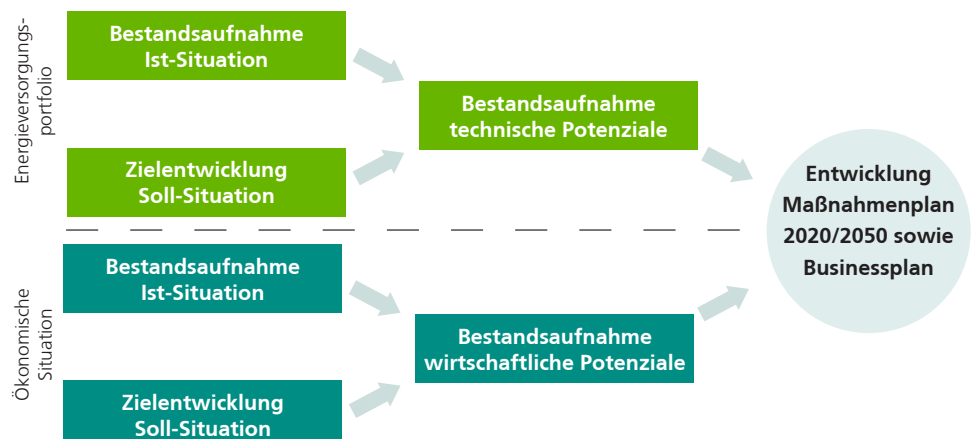
Die Substitution von konventionellen Erzeugungskapazitäten mit einer EE-Erzeugung erfordert daher die Erstellung eines Masterplans „EE-Erzeugung“ mit unterschiedlichen Sensitivitäten. Beispielsweise kann es von Interesse sein, auf der Bezugsseite

- > den derzeitigen Atomstrom,
- > die Versorgung von 50 Prozent der Tarifkunden,
- > die Versorgung aller Tarifkunden,
- > die Versorgung aller Tarif- und Sondervertragskunden durch EE-Strom zu ersetzen.

Dies geht einher mit einer mengenseitigen Zieldefinition der Energieversorgung im Versorgungsgebiet, beispielsweise für das Jahr 2020 sowie einer mengenseitigen Abweichungsanalyse zum heutigen Zeitpunkt vom Zielwert unter Berücksichtigung des Status quo.



Die Vorgehensweise bei der Erstellung eines Masterplans EE-Erzeugung kann folgendermaßen dargestellt werden:



Dabei handelt es sich um einen iterativen Prozess zur Abschätzung des EE-Potenzials und der Entwicklung eines Maßnahmenplans. So können auch unterschiedliche Prämissen definiert werden: z. B. die Erreichung einer Mindestrendite, Kriterien wie lokale Wertschöpfung durch ausgewählte Projekte in einem bestimmten Umkreis, aber auch, unter dem Aspekt der Flächenverfügbarkeit, die Zusammensetzung der einzelnen Technologien.

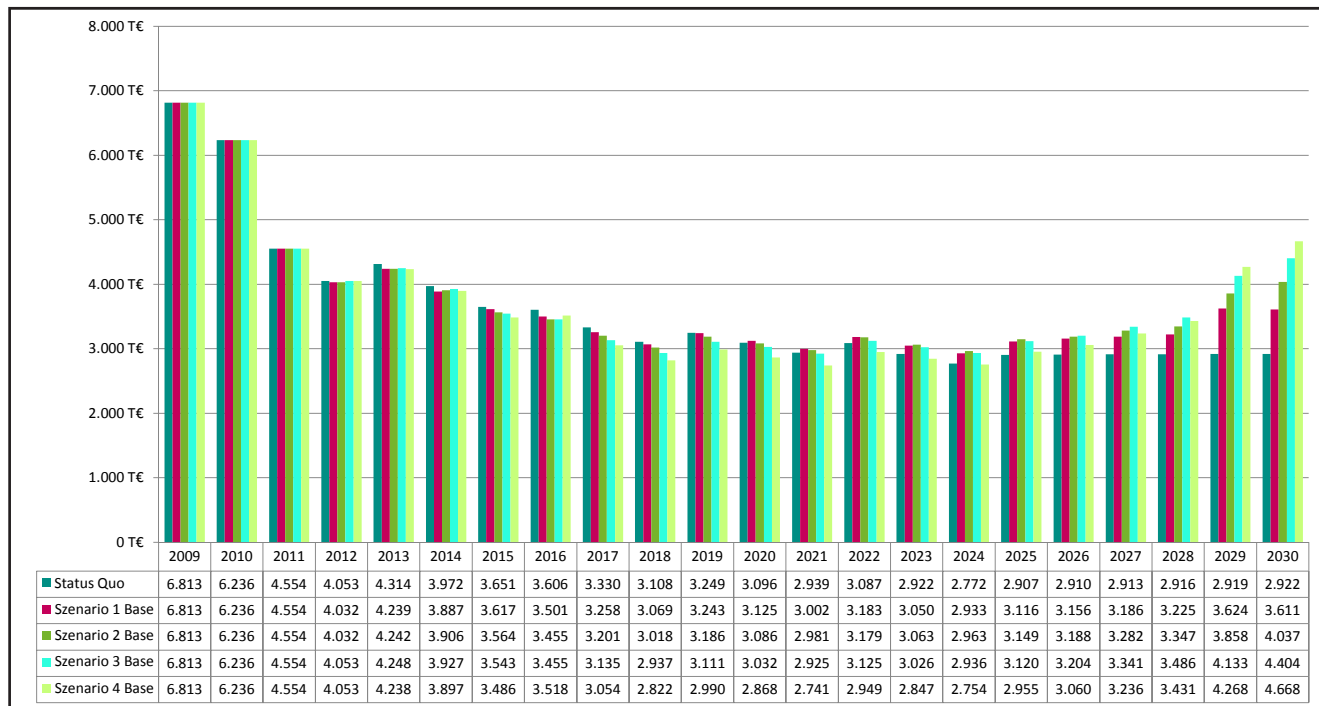
Im weiteren Schritt ist auch die Finanzierung der geplanten EE-Projekte im Businessplan zu berücksichtigen. So muss der Anteil des eingesetzten Eigenkapitals im Verhältnis zum Fremdkapital geklärt werden. Das Eigenkapital steht entweder aus der Auflösung von Rücklagen zur Verfügung oder ist aus laufenden Cashflows zu erwirtschaften bzw. muss durch Einlagen zur Verfügung gestellt werden. So ist auch zu prüfen, inwieweit mit einem höheren Fremdkapitaleinsatz die Eigenkapitalverzinsung (Leverageeffekt) erhöht werden kann. Das Fremdkapital kann

entweder über Inhaberschuldverschreibungen, kommunal verbürgte Darlehen, KfW-Kreditprogramme bzw. durch Bürgerbeteiligungen zur Verfügung gestellt werden.

Zudem ist der Fördermitteleinsatz als weitere Option der Finanzierung zu klären. So existiert die Möglichkeit der

- > Förderung von Klimaschutzkonzepten,
- > Förderung des Ausbaus von Nahwärmenetzen,
- > Anwendung des Marktanreizprogramms für regenerative Wärme,
- > Gewährung von Investitions- und Tilgungszuschüssen für besondere Projekte im Bereich der EE.

In der Gesamtbetrachtung ergibt sich daher bei wirtschaftlicher Abbildung ein Businessplan, der in Abhängigkeit des jeweiligen umgesetzten Szenarios ergebnisseitig folgendermaßen aussehen kann:



Fazit

Der Spagat der Absicherung der laufenden Einnahmen aus dem Bestandsgeschäft bei Stadtwerken und die Substitution der verkauften Energie durch EE-Eigenerzeugungsprojekte kann wirtschaftlich erfolgreich bewältigt werden. Unabdingbar ist hierbei die Erstellung eines Masterplans, der sowohl eine technische Potenzialanalyse als auch eine betriebswirtschaftliche Analyse in Form eines Businessplans enthält. Die Energiewende sollte daher durch Stadtwerke zu bewältigen sein und einen unternehmerischen Mehrwert generieren.

Kontakt für weitere Informationen:



Anton Berger

Diplom-Ökonom, Diplom-Betriebswirt (FH)

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 01

E-Mail: anton.berger@roedl.com

Management

> Einführung eines Führungsinformationssystems (FIS)

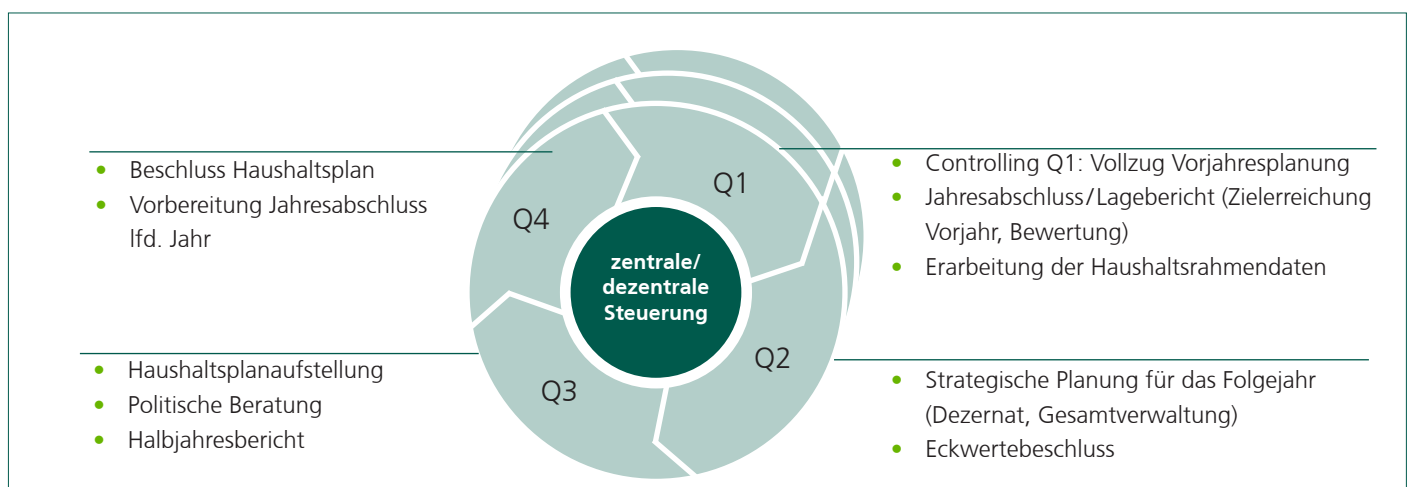
Verständnis, Vorgehen und Pragmatismus bestimmen den Erfolg

Von Heiko Pech

Die Einführung eines Führungsinformationssystems (FIS) ist sinnvoll. Mit der Umstellung auf die Doppik haben der Haushalt und der Jahresabschluss ein neues Gesicht bekommen. Entscheidend ist aber, ob sich die Führungs- und Steuerungsprozesse tatsächlich so weiterentwickeln, dass die Erreichung von strategischen Zielen sowie die Realisierung von Veränderungsprozessen in den Organisationseinheiten unterstützt werden. FIS-Projekte sollten nicht als reine IT-Projekte verstanden werden. Projekte mit Erfolgsaussichten stellen Fragen nach der Rolle von Führungskräften und deren Führungsverständnis an den Anfang. Zu erarbeitende organisationsbezogene Ziele und Maßnahmen knüpfen daran an und bilden die Grundlage eines praktikablen Führungsinformationssystems. Ausdauer und ein geeignetes Kommunikationskonzept entscheiden schlussendlich, ob die Investitionen in ein Führungsinformationssystem einen dauerhaften Nutzen stiften.

„Unser Haushaltsplan und Jahresabschluss sieht anders aus, geändert hat sich nichts.“ Diese Antwort ist oft zu hören, wenn man sich nach den Erfolgen der Verwaltungsmodernisierung bei Politik und Verwaltungsspitze erkundigt. Dieser unbefriedigende Zwischenstand wird deswegen immer mehr zum Anlass genommen, um Fragen nach Buchführung und Rechnungslegung zu fokussieren und Führungs- und Steuerungsprozesse

weiterzuentwickeln. Wesentliche Elemente einer funktionierenden Verwaltungssteuerung sind unter anderem die erweiterte Jahresabschlussberichterstattung, eine Bewertung der organisations- und produktbezogenen Zielerreichung, ein veränderter Einstieg in die Haushaltsplanung oder die Neuordnung des Zusammenwirkens von Fachausschüssen mit dem Finanzausschuss im Beratungsverlauf zum Haushaltsplan.



Sicherlich stellt sich die Frage, warum die Führungs- und Steuerungsprozesse noch nicht die Qualität haben, die von Führungskräften erwartet und eingefordert wird. Eine Ursache ist sicherlich in der nach wie vor mangelhaften Informationsversorgung von Führungskräften auf allen Ebenen einer Verwaltung zu suchen. Entweder liegen notwendige Informationen überhaupt nicht vor oder sie können nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand zusammengetragen werden. Dieser Zustand soll durch die Implementierung eines Führungsinformationssystems (FIS) verbessert werden, indem strukturiert und adressatenbezogen verschiedene Informationen quasi „auf Knopfdruck“ zur Verfügung gestellt werden. Allerdings sind verschiedene **Erfolgsfaktoren und Nebenbedingungen** zu beachten, um tatsächlich einen qualitativen Sprung in der Verwaltungssteuerung zu machen.

Ich will mein Team führen: Informationen nutzen nichts, wenn sie von den Führungskräften in der täglichen Arbeit nicht genutzt werden. Ob dies der Fall ist, hängt entscheidend vom Führungsverständnis ab. Vor Einführung eines Führungsinformationssystems sollte dies bestätigt oder entwickelt werden. Aus diesem Grunde beginnen wir bei jedem FIS-Einführungprojekt zunächst mit einem Führungskräfte-Training. Dabei wird das Entwickeln und Umsetzen von Zielen als wesentliche Aufgabe von Führungskräften herausgearbeitet. Durch die Vermittlung von Instrumenten und Verfahren entsteht eine gute Grundlage für die Führung der verantworteten Organisationseinheit.

Führung beginnt beim Top-Management: Führung ist immer Chefsache. Es ist unbedingt erforderlich, dass der Verwaltungsvorstand und insbesondere der Behördenchef von Anfang

an den Prozess sichtbar wünscht und die Grundentscheidungen zur Umsetzung selbst mit trifft.

Informationen brauchen eine Andockstelle: Der Misserfolg ist vorprogrammiert, wenn man wahllos alle denkbaren Informationen in ein FIS überführt und die Hoffnung hegt, dass die benötigten Informationen dann schon rausgesucht werden. Auch der Blick auf andere und deren Informationsinteressen scheint nur bedingt hilfreich. Die natürliche Andockstelle sind die mit den Führungskräften erarbeiteten Ziele. In unseren Projekten stellen wir immer wieder fest, dass Führungskräfte selbstverständlich ihre Handlungsfelder zur Weiterentwicklung der Organisation kennen. Deswegen verbinden wir in den Workshops mit den Fachabteilungen die erarbeiteten Ziele mit notwendigen Maßnahmen zur Zielerreichung und fragen dann, welche Informationen notwendig sind, um die Zielerreichung auszusteuern.

Kennzahlen – oder wir messen uns zu Tode: Führungsinformationssysteme leben von der Qualität der erhobenen Kennzahlen. Der Satz, „Nur das, was Du misst, kannst Du auch kontrollieren“ ist uneingeschränkt gültig. Umgekehrt scheitern Führungsinformationssysteme häufig an sich selbst bzw. am Aufwand, den die Erhebung der relevanten Daten verursacht. Der Schlüssel zum Erfolg liegt in der Balance zwischen gewünschtem Datenumfang und einem angemessenen Erhebungsaufwand. Der vollständige Rückgriff auf Daten in vorhandenen Systemen ist zwar selbstverständlich; allerdings muss man davon ausgehen, dass es dennoch Informationsdefizite in Vorkonzepten gibt.

Blockaden durch ein Kommunikationskonzept vermeiden: Auch in sehr etablierten Behörden, in denen die handelnden Akteure einander zum Teil seit Jahrzehnten kennen und Stärken und Schwächen des eigenen Hauses auf Anhieb nennen können, löst ein Strategiprojekt stets Widerstände aus. Die Anzahl der Beteiligten und damit der zu managenden Schnittstellen ist nie ganz überschaubar. Leistung soll messbar

gemacht werden, Transparenz wird gesteigert, und für viele Beteiligte wird der Wirkungsradius enger bzw. reduziert sich ihre Manövriermasse. Diese Konstellation bietet unzählige Ansatzpunkte zu Widerständen und Kritik, denen mit einem geeigneten Kommunikationskonzept entgegengewirkt werden muss. Die Kommunikation muss nach Empfängern und Zeitpunkten im Projektzyklus differenzieren, sie muss die Erwartungen der Leitung des Hauses transportieren und die Vorteile des neuen Zielsystems herausstellen: Denn bei allem Aufwand und aller Kritik – am Ende erhält die Behörde immerhin eine professionellere Steuerung und die Führungsetage ein Instrument zur Überwachung des Hauses.

Ausdauer: Der Aufbau eines Führungsinformationssystems bedarf der Ausdauer und Frustrationstoleranz der federführenden Beteiligten. Der Nutzen ist oftmals nicht sofort erkennbar. Die Abstimmung zu vordergründig banalen Fragen kann sehr zeitintensiv sein. Ab einer gewissen Entwicklungsstufe sind letztlich alle gesellschaftlichen Gruppen anzuhören und in den Prozess einzubeziehen, was sich wiederum negativ auf die Effizienz auswirkt. Außerdem ist die Erhebung und Bewertung von Kennzahlen ein Saisongeschäft, gewisse relevante Informationen sind nicht ständig verfügbar. Der Aufbauprozess bis zum stabilen Wirkbetrieb mit einem ersten belastbaren Controllingtag kann sich durchaus mehrere Jahre erstrecken.

Gerne bringen wir unsere Erfahrung in Ihren Prozess ein. Über Möglichkeiten reden wir gerne mit Ihnen persönlich.

Kontakt für weitere Informationen:



Heiko Pech

Diplom-Kaufmann

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 09

E-Mail: heiko.pech@roedl.com

> Beteiligungen in Konsolidierungslagen nicht unberücksichtigt lassen!

Von Peter Lindt

Jede Menge ist endlich – gleichwohl wird niemand zuverlässig sagen können, in wie vielen deutschen Gemeinden, Städten und Kreisen Prozesse und Projekte zur Haushaltskonsolidierung laufen. So viel ist aber sicher: in sehr vielen. Aus der Perspektive des Konsolidierungsberaters ist es dann immer wieder überraschend, wenn viele der sehr vielen in Konsolidierungsprozessen den Beteiligungsbereich ausklammern wollen.

Die Nicht-Berücksichtigung der Beteiligungen in Konsolidierungslagen wird argumentativ häufig darauf gestützt, dass die Ursache der Haushaltsschiefelage im Kernhaushalt läge. Eine sicher regelmäßig zutreffende Erkenntnis, die für die Erreichung des Konsolidierungsziels aber nicht weiterführt, wenn eben dieser Kernhaushalt die erforderlichen Ergebnisverbesserungen nicht ohne Weiteres „hergibt“. Die Rückschau auf Konsolidierungsprojekte, die unter Einbeziehung des kommunalen Beteiligungsportfolios umgesetzt wurden, zeigt, dass vom jeweiligen „Gesamttopf“ realisierbarer Konsolidierungspotenziale im Durchschnitt ein Anteil zwischen 15 und 20 Prozent auf den Beteiligungsbereich entfällt. Mithin erhebliche Verbesserungsbeiträge, die bei Nicht-Berücksichtigung ebenfalls aus dem Kernhaushalt gestemmt werden müssten.

Deshalb sollten sich Haushalts- und Finanzverantwortliche, bevor ein Konsolidierungsprozess unter Ausklammerung des Beteiligungsbereichs aufgesetzt wird, mit den folgenden Fragestellungen auseinandersetzen:

- > Liegen für alle Beteiligungen im Konzern – privatrechtliche Gesellschaften, Eigenbetriebe, Anstalten öffentlichen Rechts – Grund und Zweck, die zur Eingehung der Beteiligung führen, noch vor?
- > Kann der Zweck der jeweiligen Beteiligung (mit der Beteiligung) noch erreicht werden?

Treffen hier ein oder mehrere „Neins“ gerade mit solchen Beteiligungen zusammen, die keinen Ertrag für den Haushalt abwerfen, dann sollte auch über deren Aufgabe nachgedacht werden, um die Aufwendungen im Konzern für Leitungs- und Überwachungsorgane ebenso wie für die Aufstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen zu reduzieren.

- > Fließen bei öffentlich-rechtlichen gebührenrechnenden Beteiligungen die abgabenrechtlich zulässigen Verzinsungen des Anlagekapitals in die Gebührenkalkulation ein?

Hier wird in der Praxis immer wieder Geld verschenkt, weil nur das Eigen-, nicht aber das Anlagekapital einer Verzinsung unterworfen oder mit einem unnötig niedrigen Zinssatz operiert wird.

- > Haben die Beteiligungen (nur) angemessene Eigenkapitalquoten?

Als angemessen gelten üblicherweise Eigenkapitalquoten zwischen 30 und 40 Prozent. Liegen bei Beteiligungen die Eigenkapitalquoten deutlich über 40 Prozent, kann an Sonderausschüttungen und Eigenkapitalrückführungen gedacht werden.

- > Sind die Beteiligungen untereinander so vernetzt, dass mögliche Synergien ausgeschöpft werden?

Vom Fortbestehen aufwandssenkender Synergiepotenziale darf insbesondere ausgegangen werden, wenn Shared-services-Leistungen in mehreren Beteiligungen erbracht und nicht einheitlich bereitgestellt werden, etwa durch eine gemeinsame Management-Gesellschaft.

- > Ist zwischen den Mehrheitsbeteiligungen ein zentrales Cash-Management eingerichtet?

Mit der Bündelung der Liquiditätsbestände können sowohl Erfordernisse zur Kreditaufnahme am Markt reduziert als auch verbesserte Habenzinsen erzielt werden.

- > Sind die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten zwischen den Beteiligungen und zwischen den Beteiligungen und dem Kernhaushalt ausgeschöpft?

Für das Bestehen steuerlicher Optimierungspotenziale spricht, wenn Gewinnausschüttungen unter Abzug von Kapitalertragsteuer erfolgen, obwohl gleichzeitig regelmäßig beträchtliche Mittel defizitären Gesellschaften zugeführt werden müssen oder wenn Verluste defizitärer Verkehrsunternehmen nicht genutzt werden, um die Körperschaft- und Gewerbesteuerbelastung von Gewinnen aus Versorgungsaktivitäten zu reduzieren.

- > Ist für die Beteiligungen ein wirksames und funktionierendes Controlling eingerichtet?

Am Bestehen eines wirksamen und funktionierenden Beteiligungscontrollings darf mindestens gezweifelt werden, wenn bei der Haushaltsaufstellung den Wirtschaftsplänen der Unternehmen noch „nachgelaufen“ werden muss und/oder unterjährig nicht kommunizierte Ergebnisverschlechterungen Unterstützungen aus dem Kernhaushalt erfordern, die nicht geplant waren.

Alle Fragen mit „Ja“ beantwortet? Wenn ja, dann herzlichen Glückwunsch. Wenn nicht, so indiziert dies doch das Bestehen von Ergebnisverbesserungspotenzialen, die auch den Haushalt entlasten können. Wenn Sie aus dieser Erkenntnis mehr machen wollen, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Kontakt für weitere Informationen:



Peter Lindt

Rechtsanwalt

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 52

E-Mail: peter.lindt@roedl.com

> Beteiligungsmanagement integrieren – Beteiligungssteuerung optimieren

Von Andrea Bayer

Sie tragen Verantwortung für Ihre Kommune und wollen daher immer die erforderlichen Informationen vorliegen haben, die Sie für wichtige Entscheidungen brauchen? Gleichzeitig wollen Sie sich regelmäßig davon überzeugen, dass Sie alle organisatorischen Maßnahmen ergriffen haben, um Schaden von Ihrer Kommune und sich selbst abzuwenden? Dann benötigen Sie flexible und nach Ihren Vorstellungen maßgeschneiderte Instrumente für eine wirkungsvolle Beteiligungssteuerung.

Die Trennlinie zwischen Kommune und Privatwirtschaft verschwimmt immer mehr. Kommunen verstehen sich häufiger als Unternehmer und immer weniger als Verwalter. Dies geht mit der Auslagerung vieler Bereiche in eigenständige Betriebe einher, aber auch mit der Notwendigkeit der Anwendung von Instrumenten der Privatwirtschaft zur Unternehmenssteuerung (Finanzbuchhaltung, Controlling, Risikomanagement etc.). Dabei ist die Mitarbeiterausstattung und das gebundene Vermögen in den Beteiligungen heute teilweise vergleichbar mit denen in der Kernverwaltung. In dieser Situation kann kommunales Handeln zu Steuerungs- und Transparenzverlusten führen und den politisch Verantwortlichen die Wahrnehmung von Führungs- und Lenkungsaufgaben erschweren. Dennoch sind die Kommunen als Eigentümer für die dort zu erbringenden Leistungen verantwortlich. Deshalb ist Beteiligungsmanagement als zielorientierte und abgestimmte Steuerung aller zum „Konzern Kommune“ gehörenden Einheiten wichtig!

Aktuell stehen die kommunalen Beteiligungen unter besonderer Beobachtung. Die Ursachen hierfür sind vielfältig. Beispielsweise sollen hier nur Folgende genannt sein:

- > Die angespannte Finanzsituation vieler Kommunen und die Vorgaben in landesbezogenen kommunalen Rettungsschirmen erweitern den Konsolidierungsdruck auch auf die kommunalen Beteiligungen – Tendenz steigend.
- > Der näher rückende kommunale Konzernabschluss (z. B. in NRW) erfordert eine fundierte Informationslage der „Mutter“ über ihre „Töchter“.
- > Die Rechtsprechung und Gesetzgebung hat in den vergangenen Jahren die Haftung von Aufsichtsräten und Überwachungsorganen – auch im kommunalen Bereich – weiter verstärkt.

Um dauerhaft im Sinne der Interessen der Kommune als Aufgabenträger und Eigentümer zu handeln, sind effektive und effiziente Instrumente zur gezielten Beteiligungssteuerung erforderlich. Nach der Erfahrung von Rödl & Partner zeigen sich in diesem Bereich jedoch teilweise deutliche Defizite:

Die konkreten Anforderungen an die Beteiligungssteuerung einer Kommune müssen individuell und in einer Abstimmung mit den Verantwortlichen vor Ort bestimmt werden. Lösungen „von der Stange“ bleiben regelmäßig hinter den Erwartungen. Deshalb erarbeitet Rödl & Partner für seine Mandanten

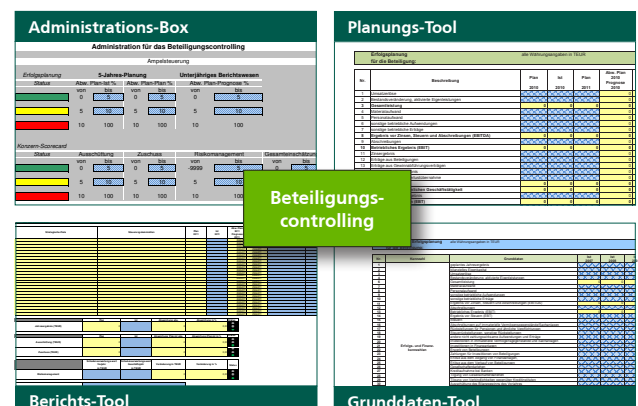
maßgeschneiderte und praxisorientierte Komplettlösungen zu allen Fragen der Beteiligungssteuerung. Unsere Projektteams sind dabei interdisziplinär besetzt – bestehend aus Unternehmensberatern, Rechtsanwälten und Steuerberatern.

Aus der mittlerweile 20-jährigen Erfahrung in der Beratung der öffentlichen Hand hat Rödl & Partner ein breites Produktportfolio im Bereich Beteiligungssteuerung entwickelt, das jeweils individuell für Sie angepasst wird. Die einzelnen Produkte können nach Ihrem Bedarf kombiniert werden.



Das Beteiligungscontrolling-Tool von Rödl & Partner – Ihr individuelles Navigationssystem

Rödl & Partner hat für das kommunale Beteiligungscontrolling ein eigenes benutzerfreundliches Controlling-Instrument auf Excel-Basis entwickelt, welches über praxiserprobte Planungs- und Berichtsmasken verfügt. Nach einer individuellen Anpassung auf die Steuerungsbedürfnisse der Kommune unterstützen wir Sie bei der Ableitung beteiligungsspezifischer Ziele und steuerungsrelevanter Kennzahlen. Durch das Beteiligungscontrolling-Instrument von Rödl & Partner profitieren Sie von einheitlichen Berichtsmasken mit aussagekräftigen Kennzahlen auf Leistungs- und Effizienzebene sowie Aussagen zur Erreichung von stadtstrategischen Zielen.



Beteiligungsrichtlinie – die „Gebrauchsanweisung“ für das Beteiligungsmanagement

Rödl & Partner berät Sie beim Erlass einer auf die örtlichen Verhältnisse angepassten Beteiligungsrichtlinie. Die Beteiligungsrichtlinie regelt die Zusammenarbeit zwischen Politik, Verwaltung und Beteiligungen und definiert Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der beteiligten Akteure. Zugleich beschreibt sie Gegenstand, Funktion und Anwendung der Instrumente der Beteiligungsverwaltung und -steuerung. Nutzen Sie die Beteiligungsrichtlinie als „Gebrauchsanweisung“ für ein funktionierendes Beteiligungsmanagement.

Das Risikomanagement-System von Rödl & Partner – Ihr Radar für den Blick nach vorn

Ein Risikomanagement-System in Ihren Beteiligungen schafft Transparenz über die dort vorhandenen Risiken und über deren mögliche Auswirkungen auf den städtischen Haushalt. Rödl & Partner begleitet Sie bei der Einführung eines Risikomanagement-Systems in Ihren Beteiligungen. Nutzen Sie unser leicht handhabbares, Excel-basiertes Risikomanagement-Tool als Frühwarnsystem und profitieren Sie von der standardisierten Erstellung einheitlicher Risikoberichte.

Risikoorientierte Revision für kommunale Beteiligungen – klare Standards für die Auditierung

Das risikoorientierte Revisionskonzept von Rödl & Partner verbindet die Steuerungsaufgaben eines Beteiligungsmanagements mit dem Prüfungs- und Beratungsauftrag der internen Revision. Basierend auf den individuell bedeutsamen Risiken der einzelnen Beteiligungen gewährleistet der Masterplan ein strukturiertes Revisionskonzept für alle Beteiligungen. Ein standardisiertes Berichtswesen garantiert die Vergleichbarkeit der Prüfungen und sichert eine effiziente Handhabung.

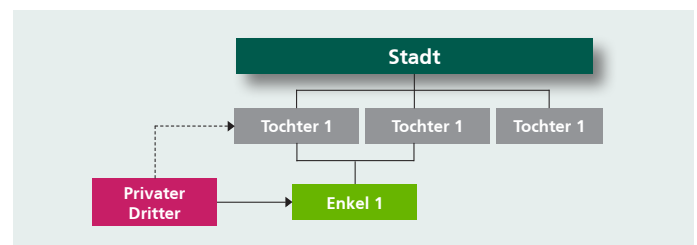
Compliance im Beteiligungsmanagement – Anforderungen kennen, managen, persönliche Risiken minimieren

Nach aktueller Rechtsprechung haben gerade die Verantwortlichen in den kommunalen Beteiligungen durch geeignete organisatorische Maßnahmen und Kontrollen Regelkonformität der

Führungs- und Aufsichtsorgane sowie der Mitarbeiter sicherzustellen. Rödl & Partner unterstützt Sie bei der Einführung eines Compliance-Management-Systems sowie bei der Konzeption und Umsetzung von Corporate Compliance als Instrument zur Steuerung Ihrer Beteiligungen. Profitieren Sie auch von der Rödl & Partner-Checkliste zur systematischen Prüfung der Compliance-Qualität Ihrer Beteiligungen.

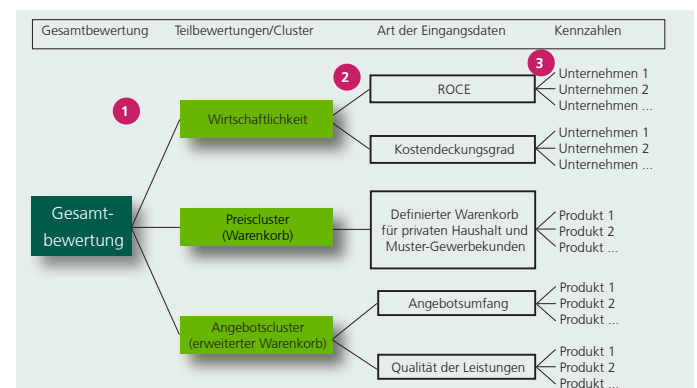
Optimierung der kommunalen Konzernstruktur – Potenziale erkennen und heben

Die Gestaltung der kommunalen Konzernstruktur kann sowohl unter rechtlichen als auch unter steuerlich-wirtschaftlichen Gesichtspunkten deutliche Auswirkungen auf den städtischen Haushalt entfalten. Rödl & Partner stellt die Konzernstruktur in Ihrer Kommune unter strukturellen, rechtlichen, steuerrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten auf den Prüfstand. Profitieren Sie von interdisziplinären Projektteams und von unserer umfassenden Erfahrung in allen Bereichen der Daseinsvorsorge!



Ganzheitliches Benchmarking für die betrieblichen Aktivitäten – eine sachgerechte Positionsbestimmung als Basis für fundierte Entscheidungen

Unser Benchmarking-Ansatz berücksichtigt verschiedenartige Kennzahlen zur ganzheitlichen Bewertung der betrieblichen Aktivitäten einer Kommune in einem System. Dabei werden die einzelnen Aktivitäten in den Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Preis und Angebot bewertet, wobei jede Kennzahl einem gesonderten Benchmarking unterworfen wird. Durch eine Überführung der Ergebnisse in ein Schulnotensystem kann eine Gesamtaussage für die Stadtwirtschaft generiert werden. Profitieren Sie von einfachen und klaren Botschaften sowie von einer aggregierten Bewertung mit der Möglichkeit zu unternehmensspezifischen Aussagen im Sinne eines Business Warehouse.



> Unsere Publikation

Integrierte Beteiligungssteuerung

Rödl & Partner hat in den letzten 20 Jahren umfassende Expertise in diesem Bereich aufgebaut und in einer neuen Broschüre zusammengefasst. Wir laden Sie ein, sich mit den in der Broschüre dargestellten Instrumenten zu befassen und würden uns freuen, mit Ihnen in einen Dialog einzusteigen.



Bestellung: E-Mail an Frau Karolina Krysta | karolina.krysta@roedl.com

Als interdisziplinäre Kanzlei verstehen wir auch die Beratung rund um die Beteiligungssteuerung als Aufgabe, die verschiedene Qualifikationen erfordert, um optimale Lösungen für unsere Mandanten zu erzielen. Rechtliche, steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Zusammenhänge, aber auch ein Gesamtverständnis für die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand sind dabei entscheidend für den Erfolg!

Gerne senden wir Ihnen weitere Informationen zu unserem Beratungsspektrum im Bereich Integrierte Beteiligungssteuerung oder stehen Ihnen für ein persönliches Gespräch zur Verfügung.

Kontakt für weitere Informationen:



Andrea Bayer

Diplom-Kauffrau

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 12

E-Mail: andrea-hanna.bayer@roedl.com

Steuern

> Aktuelles zur Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand – Risiken, aber auch Chancen!

Von Dr. Rainer Gay

Der Bundesfinanzhof hat in der jüngsten Zeit, so z. B. im November 2011, seine Rechtsprechung in Bezug auf umsatzsteuerbare Leistungen der öffentlichen Hand spürbar ausgedehnt. Bereits im Jahr 2008 hatte das Finanzgericht Düsseldorf im Rahmen seiner Rechtsprechung den Bereich der Vorsteuerabzugsberechtigung der öffentlichen Hand deutlich erweitert.

Die Ausdehnung der umsatzsteuerbaren und umsatzsteuerpflichtigen Bereiche der öffentlichen Hand führt grundsätzlich auch immer dazu, dass die Vorsteuerabzugsberechtigung erhöht wird. Es ist deshalb in jedem konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die Ausdehnung der umsatzsteuerbaren Leistungsbereiche tatsächlich zu einem echten steuerlichen Nachteil führt oder nicht.

Die Ausweitung der „unternehmerischen Bereiche“ von juristischen Personen des öffentlichen Rechts

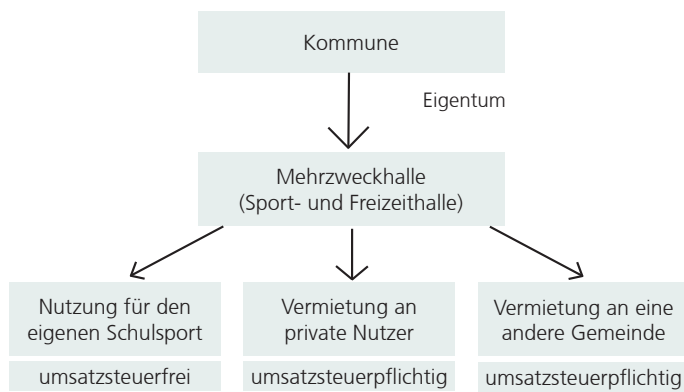
Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs handelt eine Kommune auch dann unternehmerisch und die erzielten Entgelte unterliegen folgerichtig der Umsatzbesteuerung, wenn sie z. B. Stellplätze auf hoheitlicher Grundlage im Rahmen der Straßenverkehrsordnung errichtet und gegen „Gebühren“ überlässt.

Dasselbe gilt für sogenannte „Beistandsleistungen“. Diese Beistandsleistungen finden sich vor allem im Bereich von sogenannten Mehrzweckhallen (Sport- und Freizeithallen, die während der Schulzeit überwiegend für den Sportunterricht der öffentlichen Schulen genutzt werden). Daneben werden solche Hallen gegen Entgelt von Sportvereinen, Einzelpersonen oder Personengruppen genutzt. Sofern die Kommune diese Mehrzweckhalle an eine andere Kommune zur Nutzung überlässt, liegt eine sogenannte „Beistandsleistung“ vor.

In diesen Fällen sieht nunmehr der Bundesfinanzhof bei einer Nutzungsüberlassung auf privatrechtlicher Grundlage (Mietvertrag) eine unternehmerische Tätigkeit der Kommune, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen noch ankomme.

Aber auch wenn die Kommune die Mehrzweckhalle auf öffentlich-rechtlicher Grundlage überlasse, sei sie gleichfalls Unternehmerin, da die Kommune insoweit im Wettbewerb zu privaten Konkurrenten tätig geworden sei. Der Bundesfinanzhof entschied deshalb, dass entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung auch die entgeltliche Überlassung der Mehrzweckhalle durch die Kommune an eine andere Kommune für deren Schulunterricht als sogenannte Beistandsleistung steuerbar und wie eine Leistungserbringung an private Rechtsträger zu behandeln sei. Lediglich soweit die Kommune, in deren Eigentum die Halle steht, diese für den eigenen Schulsport nutzt, liege eine hoheitliche Betätigung vor, die nicht dem umsatzsteuerlichen Bereich zuzuordnen sei.

Für diese Fälle ergibt sich folgendes Umsatzbesteuerungsschema:



Quelle: NWB Datenbank

Privatrechtlich organisierte Gesellschaften investieren in hoheitlich genutzte Wirtschaftsgüter

Eine Gebietskörperschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts (nachfolgend jPÖR genannt) hat hinsichtlich der Abwicklung ihrer Investitionsentscheidungen einige Gestaltungsmöglichkeiten. Hierbei kann das Durchführen der Investition durch eine Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft (GmbH & Co. KG) steuerlich von Vorteil sein.

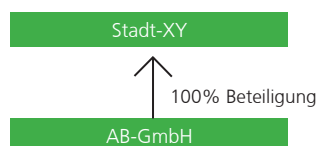
Ein Finanzgericht in Nordrhein Westfalen hat sowohl in ertragsteuerlicher als auch in umsatzsteuerlicher Hinsicht entschieden, dass eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft wirtschaftlicher Eigentümer von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens sein kann, die letztlich der Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben dienen.

Das heißt, dass diese Gesellschaft zum Beispiel Investitionen in neue Abwassernetze durchführen kann und aus den Bruttoinvestitionssummen die darin enthaltene Vorsteuer in Höhe von derzeit 19 Prozent gegenüber dem Finanzamt geltend machen kann. Die Erstattung der Vorsteuer erfolgt im Rahmen der sogenannten Sollversteuerung bereits in dem Kalendermonat, in dem die Abrechnung des beauftragten Lieferanten vorliegt.

Nach Fertigstellung der Anlage überlässt die Gesellschaft die Anlage gegen Entgelt an die Gebietskörperschaft zur Nutzung. Das Nutzungsentgelt ist mit einer Umsatzsteuer zu belasten. Allerdings ergibt sich aus der Streckung der Umsatzabführung über die Gesamtnutzungsdauer der investierten Anlagen ein beachtlicher Zinsvorteil.

Grob vereinfachtes Fallbeispiel

Die AB-GmbH ist Eigengesellschaft der Stadt-XY. Durch Vertrag übernimmt die AB-GmbH die Durchführung von Investitionen im Rahmen von hoheitlichen Tätigkeiten der Stadt-XY.



Die Aufgabenerfüllung erfolgt durch Altanlagen der Stadt-XY und neu zu errichtende Anlagen, welche dem wirtschaftlichen Eigentum der AB-GmbH zuzuordnen sind. Für ihre Leistungen gegenüber der Stadt-XY erhält die AB-GmbH ein Entgelt. Dieses Leistungsentgelt setzt sich zusammen aus kalkulatorischen Abschreibungen, den laufenden Kosten der Gesellschaft und der Umsatzsteuer.

Im Rahmen der Durchführung von Investitionen entstehen der AB-GmbH Anschaffungskosten für neue Anlagen (Nutzungsdauer 60 Jahre):

Anschaffungskosten	Euro	10.000.000,00
USt (19 %)	Euro	1.900.000,00

Somit ergibt sich im Jahr der Investition eine Vorsteuererstattung gegenüber dem Finanzamt in Höhe von 1.900.000 Euro. Mit Beginn der Nutzungsüberlassung der Anlage von der Gesellschaft an die Gebietskörperschaft entsteht auf Ebene der Gesellschaft folgende Umsatzsteuerbelastung p.a.:

AfA ger.	Euro	167.000,00
Betriebskosten	Euro	80.000,00
Marge der Ges	Euro	7.410,00
USt (19 %)	Euro	48.338,00
Leistungsentgelt	Euro	302.748,00

Man geht davon aus, dass im Rahmen des Nutzungsüberlassungsvertrages die Gesellschaft als wirtschaftliche Eigentümerin sämtliche laufende Betriebskosten sowie Reparatur- und Instandhaltungsmaßnahmen trägt, die mit Vorsteuer belastet sind. Insoweit kann die Gesellschaft wiederum die anfallende Vorsteuer geltend machen, sodass dies zu keiner Umsatzsteuerbelastung führt.

Allerdings führen nicht mit Vorsteuer belastete Verwaltungskosten, insbesondere Personalkosten und die auf die Investition vorzunehmenden Abschreibungen zu einer definitiven Umsatzsteuerbelastung. In dem genannten Beispiel haben wir die nicht mit Vorsteuer belasteten Kosten mit nur rund 80.000 Euro p. a. angesetzt, da das Personal im Wesentlichen bei der Gebietskörperschaft angestellt bleibt, da die Gebietskörperschaft weiterhin selbst die Aufgabe erfüllt. Die Abschreibungen haben wir bei einer angenommenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von 60 Jahren mit 1,67 Prozent p. a. unterstellt.

Somit steht dem sofortigen Erhalt der in der Investitionssumme enthaltenen Vorsteuer in Höhe von 1.900.000 Euro ein jährlicher Umsatzsteuernachteil in Höhe von rund 48.000 Euro gegenüber. Dieser Nachteil erhöht sich um zusätzliche Verwaltungskosten (netto), die durch die Gesellschaft ausgelöst werden und durch etwaige Ertragsteuern, die durch die Gewinnerzielung der Gesellschaft getragen werden müssen.

Diese Beträge werden jedoch in unserem Beispiel nicht mehr als 30.000 Euro in Summe betragen.

Im Ergebnis wird die Gesellschaft in den Folgejahren etwa mit einer zusätzlichen Belastung von rund 78.000 Euro p. a. zu rechnen haben.

Folge: Ohne Berücksichtigung von Zinsvorteilen ist der Vorsteuerabzugsbetrag in Höhe von 1.900.000 Euro erst in knapp 24 Jahren wieder aufgezehrt!

Anwendungsbereiche

Diese Investitionsgestaltung ist denkbar bei allen beweglichen Wirtschaftsgütern und bei allen Betriebsvorrichtungen, die letztlich zu hoheitlichen Zwecken genutzt werden. In Betracht kommen:

- > Abwassernetze
- > Kläranlagen
- > Straßenbeleuchtungsanlagen

- > Maschinelle Anlagen im Bereich der Straßenreinigung
- > Infrastruktureinrichtungen, soweit es sich nicht um Immobilien handelt

Die Vorteilhaftigkeit ist umso höher, je länger die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des konkreten Wirtschaftsgutes ist. Es ist deshalb in jedem Falle eine möglichst genaue Investitionsplanung aufzusetzen.

Kontakt für weitere Informationen:



Dr. Reiner Gay

Rechtsanwalt, Steuerberater

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 64

E-Mail: reiner.gay@roedl.com

> Ist „betreutes Wohnen“ umsatzsteuerpflichtig?

Zur Umsatzsteuerpflicht von sozialen Leistungen der Kommunen

Von Christof Wörle-Himmel

Soziale Leistungen der Kommunen waren in der Vergangenheit häufig bei der Besteuerung völlig unproblematisch und überwiegend steuerfrei gestellt. Am Beispiel des „betreuten Wohnens“ zeigt sich, dass die Kommunen hier zunehmend unter Druck geraten. Seit 2009 behandelt der Fiskus diese Leistung als steuerpflichtig, soweit sie nicht durch Wohlfahrtsverbände erbracht werden. Die Rechtsprechung deutet jedoch in eine andere Richtung. Erbringen Kommunen derartige Leistungen selbst oder durch Eigengesellschaften, so ist die Beobachtung der Rechtsentwicklung zu empfehlen.

Soziale Leistungen sind nicht generell von der Umsatzsteuer befreit. Zwar bestehen vielfach besondere Umsatzsteuerbefreiungen für soziale Leistungen: Die Leistungen kommunaler Krankenhäuser sind etwa durch § 4 Nr. 14 UStG, die Leistungen kommunaler Pflegeeinrichtungen durch § 4 Nr. 16 UStG begünstigt. Für die Leistungen der Wohlfahrtsverbände gibt es jedoch eine besondere Umsatzsteuerbefreiung (§ 4 Nr. 18 UStG). Kommunen, die sich aus strategischen Gründen keinem Wohlfahrtsverband anschließen wollen, ist diese Umsatzsteuerbefreiung nach deutschem Recht jedoch verschlossen. Daher kann es dazu kommen, dass Leistungen, die Wohlfahrtsverbände umsatzsteuerfrei erbringen können, durch Kommunen umsatzsteuerpflichtig sind.

Ein umstrittenes Beispiel ist das sogenannte „betreute Wohnen“. Dabei handelt es sich um keine fest definierte soziale Leistung. Im Allgemeinen wird im Rahmen des „betreuten Wohnens“ Senioren, die keine Pflegestufe im Sinne des SGB XI haben, seniorengerecht ausgestatteter Wohnraum zur Verfügung gestellt. Zudem werden altersgerechte Zusatzleistungen vereinbart, die

entweder in einer monatlich zu zahlenden Vergütung enthalten sind (sog. Grundleistungen) oder gesondert vergütet werden (Zusatzleistungen). Solche Leistungen bieten auch Kommunen selbst oder über Eigengesellschaften an, häufig als Annex zu stationären Altenpflegeheimen. Die Grundleistungen umfassen in der Regel einen Hausnotruf, Beratung und Hilfe etwa bei Behördengängen oder im medizinischen Bereich und gewisse Freizeit- und Beschäftigungsangebote bzw. deren Vermittlung, insbesondere auch in Gemeinschaftsräumen. Als Zusatzleistungen werden z.B. Hilfen im Haushalt, Freizeitangebote, Verpflegung, medizinische Pflege, Wäsche, Hausmeisterdienste angeboten.

Die umsatzsteuerliche Behandlung war bis 2008 unproblematisch. Nach der bis 2008 geltenden Regelung waren ausdrücklich auch die Leistungen von Altenwohnheimen gemäß § 4 Nr. 16 UStG in der damaligen Fassung von der Umsatzsteuer befreit. Mit Wirkung vom 1. Januar 2009 wurde diese Regelung geändert. Der Begriff des „Altenwohnheims“ wurde gestrichen. Daher sind Leistungen von Altenwohnheimen nur dann von der Umsatzsteuer befreit, wenn und soweit es sich um Leistungen

handelt, die „mit dem Betrieb von Einrichtungen zur Betreuung oder Pflege körperlich, geistig oder seelisch hilfsbedürftiger Personen eng verbunden“ sind. Eine generelle Befreiung von der Umsatzsteuer gibt es damit für die Altenwohnheime nicht mehr. Verträge über die Aufnahme in ein Altenwohnheim sind damit als gemischte Verträge in die verschiedenen Bestandteile aufzuteilen. Die Vermietungsleistungen werden regelmäßig nach § 4 Nr. 12 UStG steuerfrei sein. Weitere Leistungselemente dürften aber steuerpflichtig sein. Nur die Leistungen der Betreuung und Pflege sind nach § 4 Nr. 16 UStG steuerfrei, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen. Hier aber zeigt sich die Problematik, denn § 4 Nr. 16 UStG setzt voraus, dass die Bewohner hilfsbedürftig sind. Die Finanzverwaltung versteht darunter „alle Personen, die auf Grund ihres körperlichen, geistigen oder seelischen Zustands der Betreuung oder Pflege bedürfen. Der Betreuung oder Pflege bedürfen Personen, die krank, behindert oder von einer Behinderung bedroht sind.“ Leistungen an nicht hilfsbedürftige Personen toleriert die Finanzverwaltung nur in Ausnahmefällen und in ganz geringem Umfang. Die Hilfsbedürftigkeit muss für jede betreute oder gepflegte Person beleg- und buchmäßig nachgewiesen werden. Hier werden die Kommunen im Rahmen des „betreuten Wohnens“ regelmäßig auch deshalb an ihre Grenzen stoßen, weil die Bewohner noch weitgehend selbstständig und unabhängig leben und wirtschaften. Besonders misslich ist, dass die Finanzverwaltung nach unserer Erfahrung bei Personen, die das 75. Lebensjahr vollendet haben, die körperliche Hilfsbedürftigkeit in diesem Bereich – anders als im Rahmen der Gemeinnützigkeit – nicht ohne weitere Nachprüfung annimmt. Hingegen legt die Rechtsprechung ohne Weiteres in diesen Fällen die Hilfsbedürftigkeit zugrunde. Die Finanzverwaltung gewährt daher in der Regel nur den verminderten Steuersatz von 7 Prozent.

Allerdings berücksichtigt diese Auffassung nicht das europäische Recht. Nach Art. 132 Abs. 1 lit. g MwStSysRL befreien die Mitgliedstaaten Umsätze von der Steuer eng mit der Sozialfürsorge und der sozialen Sicherheit verbundene Dienstleistungen und Lieferungen von Gegenständen, einschließlich derjenigen, die durch Altenheime, Einrichtungen des öffentlichen Rechts

oder andere von dem betreffenden Mitgliedstaat als Einrichtungen mit sozialem Charakter anerkannte Einrichtungen bewirkt werden.

Auf diese Bestimmung der MwStSysRL können sich Steuerpflichtige in dem vorliegenden Zusammenhang – auch wenn dies von der Finanzverwaltung noch nicht akzeptiert wird – berufen. In den uns bekannten Fällen wird von der Finanzverwaltung eingewandt, durch die Neufassung des § 4 Nr. 16 UStG sei bereits das europäische Recht in nationales Recht umgesetzt worden, was den Rückgriff auf die MwStSysRL hindere. Allerdings war es nicht das Ziel des Gesetzgebers, mit der Neufassung des § 4 Nr. 16 UStG diesen dem EU-Recht anzupassen. Der Regierungsentwurf hatte die bis 2008 geltenden Regelungen für den Pflegebereich weitgehend unangetastet gelassen. Die Begründung, die für die gleichzeitig erfolgte Neufassung der ärztlichen und klinischen Leistungen in § 4 Nr. 14 UStG herangezogen wurde, nämlich die nationalen Befreiungsvorschriften im Lichte der Entwicklung im Bereich des Gesundheitswesens und der dazu ergangenen Rechtsprechung der Finanzgerichtsbarkeit weiterzuentwickeln, kann daher für die Neufassung des § 4 Nr. 16 UStG nicht herangezogen werden. Der Regierungsentwurf begründet die Neufassung des § 4 Nr. 16 UStG lediglich mit dem Hinweis auf erforderliche Folgeänderungen, die sich aus der Neufassung des § 4 Nr. 14 UStG ergeben, nicht mit Bezug auf EU-Recht.

Kontakt für weitere Informationen:



Christof Wörle-Himmel

Rechtsanwalt, Steuerberater

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 47

E-Mail: christof.woerle-himmel@roedl.com

Recht

> Frauenquote als soziales Vergabekriterium

Von Angelique Weikum-Groß

Die Frauen- und Familienförderung ist als Vergabekriterium nicht nur zulässig, sondern auch sinnvoll. Kommunen sollen künftig ihre Vergabep Praxis auf frauenfreundliche Betriebe ausrichten können. Männerdominierte Unternehmen, die keine Maßnahmen gegen die sogenannte „gläserne Decke“ treffen, sollen dann nur nachrangig zum Zuge kommen.

Nach dem Willen der Bundesregierung soll in Deutschland keine Frauenquote gelten. „Solange ich Ministerin bin, wird es keine starre Quote geben“, legt sich Familienministerin Kristina Schröder fest. Doch wurden Forderungen nach einer gesetzlichen

Frauenquote in Führungspositionen der deutschen Unternehmen in der Vergangenheit aus unterschiedlichen Richtungen laut. Nun auch im Vergaberecht. Inzwischen titelt sogar die FAZ „Frauenquote durch die Hintertür“ (FAZ vom 3. April 2012) und

prophzeit der Frauenförderung eine rasante Entwicklung. Die öffentliche Hand hat in der Bundesrepublik traditionell eine immense Nachfragemacht. So kommt dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Diskussion um sozialpolitische Aspekte ein beträchtliches Steuerungspotenzial zu. Doch dürfen Auftraggeber – unabhängig von der Diskussion um den Sinn und Unsinn einer gesetzlichen Frauenquote – solche vergabefremde Aspekte, die nicht im direkten Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorgang stehen, bei der Vergabe grundsätzlich nicht berücksichtigen.

Vergabefremde Kriterien

Unternehmen, die ihren Wettbewerbern in Sachen Umweltschutz, Schaffung von Arbeitsplätzen, Integration von Migranten, Tariftreue oder eben Frauenförderung überlegen sind, dürfen bei der Auftragsvergabe grundsätzlich nicht bevorzugt behandelt werden, es sei denn, sie können den zu vergebenden Auftrag auf diese Weise besser oder effektiver ausführen. Um sich dem Vorwurf des Lohndumpings zu entziehen, verlangen öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vergabe beispielsweise den Nachweis, dass sich der Auftragnehmer an seine Tariftreueverpflichtungen hält. Beschäftigungspolitisch motiviert ist ferner die Vorgabe, Langzeitarbeitslose oder Auszubildende zu beschäftigen. Im Rahmen der Maßnahmen gegen Kinderarbeit muss der Auftragnehmer sicherstellen, dass bei der Herstellung im Ausland die sogenannten Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) beachtet werden. Die Vergabekriterien können sich bei Importen auf die ganze Lieferkette bis in das Fertigungsland hin erstrecken.

Frauenförderung im Vergaberecht

Die soziale Dimension der Frauenförderung ist groß. Im Rahmen der Prüfung der Frauen- und Familienfreundlichkeit des potenziellen Auftragnehmers sollen solche gleichstellungsrechtliche Mindeststandards wie ein angemessener Frauenanteil im Unternehmen oder die gleiche Bezahlung von Männern und Frauen eine Rolle spielen.

Bevorzugung wegen Frauenförderung zulässig

Die Berücksichtigung sozialer, umweltbezogener und innovativer Aspekte war auf europäischer Ebene anfänglich sehr umstritten. Seit Verabschiedung der europäischen Richtlinie 2004/18/EG sowie des § 97 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) können Auftraggeber soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und in den Vergabeunterlagen angegeben werden. Zunehmend verabschieden nun auch einzelne Bundesländer – nach teils lang anhaltenden kontroversen Diskussionen – Regelungen, die eine öffentliche Auftragsvergabe an soziale Vergabekriterien knüpft.

Mit gutem Beispiel gehen etwa das Land Berlin mit dem § 9 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) i. V. m. § 13 des Landesgleichstellungsgesetzes und Frauenförderverordnung (FFV) und Nordrhein-Westfalen mit dem § 19 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) voran. So heißt es in § 19 TVgG NRW, öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sollen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe in einer Erklärung schriftlich verpflichten, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im eigenen Unternehmen durchzuführen oder einzuleiten sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht – insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – zu beachten. Der Anwendungsbereich der Regelung umfasst alle Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten und gilt ab einem Nettoauftragswert von 150.000 Euro für Bauaufträge bzw. 50.000 Euro für alle anderen Aufträge.

Europarechtliche Grenzen

Doch stößt das Setzen sozialer Standards im Rahmen von Vergabeverfahren an europarechtliche Grenzen. Die Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte kann die Grundfreiheiten des AEUV beschränken, so die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV und die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 AEUV. Die Wettbewerbsfreiheit im EU-Binnenmarkt wird beeinträchtigt, wenn Wettbewerbsvorteile neutralisiert und einzelne Wirtschaftsteilnehmer auf diese Weise im Wettbewerb benachteiligt werden. Auf der anderen Seite sind sozialpolitische Zielvorgaben schutzwürdige Interessen und nach Gemeinschaftsrecht grundsätzlich zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten geeignet.

Damit haben sich in jüngster Vergangenheit sowohl der EuGH als auch das BVerfG befasst. Der EuGH legte in seinen Urteilen Wienstrom (Urteil vom 4. Dezember 2003 – Rs. C-448/01) und Ruffert (Urteil vom 3. April 2008 – Rs. C-346/06) fest, dass umweltbezogene Vergabekriterien nur bei striktem Auftragsbezug zulässig sind, während Tariftreue als nationales Vergabekriterium unzulässig ist, wenn der zur Beachtung vorgeschriebene Tarifvertrag nicht allgemein verbindlich ist und die Tariftreueklausel somit nur die im Rahmen öffentlicher Aufträge tätigen Arbeitnehmer schützt.

Das gemäß Art. 8 AEUV primärrechtlich vorgegebene Ziel der Gleichstellung von Mann und Frau stellt jedoch nach überwiegender Auffassung einen Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV dar, wenn die allgemeinen Grundsätze – insbesondere das Gleichbehandlungsgebot – eingehalten werden. Gemäß Art. 8 AEUV wirkt die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

Inhalt der Frauenförderung

Die meisten landesrechtlichen Regelungen – so § 19 TVgG NRW – lassen derzeit eine konkrete Formulierung des förderfähigen Ziels vermissen. Während es sich bei der Frauenförderung um einen weit gefassten – gar uferlosen – Begriff handelt, wäre eine Konkretisierung bzw. Definition der konkreten Fördermaßstäbe und -maßnahmen wünschenswert. Konkrete Anforderungen an die Geschäftspolitik eines den öffentlichen Auftrag ausführenden Unternehmens stellt § 19 TVgG NRW nicht. Erst recht ist die Regelung nicht geeignet, dem Auftraggeber zu ermöglichen, den Auftragnehmern im Rahmen der Ausführung der öffentlichen Aufträge bestimmte Verhaltensweisen aufzugeben. Derzeit unklar bleibt, ob die Einstellung oder Beförderung von



Frauen im Sinne einer festen Frauenquote, wie sie derzeit zunehmend gefordert und von der derzeitigen Bundesregierung abgelehnt wird, verlangt wird, oder lediglich ein Vorteil an die Beschäftigung von möglichst vielen Frauen, gegebenenfalls auch in Führungspositionen, geknüpft wird.

Nachprüfbarkeit und Sanktionen

Ein weiteres Problem stellt die Frage nach der Nachprüfbarkeit der der Bietererklärung zugrundeliegenden Tatsachen dar. Ob das Unternehmen die behaupteten Ziele tatsächlich erfüllt oder künftig die erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der erklärten Ziele mit Erfolg trifft, muss für den öffent-

lichen Auftraggeber nachprüfbar sein. Für den Fall der Nichteinhaltung der durch das Unternehmen im Rahmen der Erklärung eingegangenen Selbstverpflichtungen – sofern sie durch den öffentlichen Auftraggeber festgestellt werden – kommen nach dem TVgG Vertragsstrafen oder die Kündigung des Auftrags in Betracht.

Ausblick

Inwieweit Maßnahmen gegen die „gläserne Decke“, die Frauen das berufliche Weiterkommen erschweren oder unmöglich machen, vergaberechtlich berücksichtigt werden dürfen und künftig sogar müssen, bleibt spannend. Da viele europäische Länder bereits eine Frauenquote und dort ansässige Unternehmen einen hohen Frauenanteil haben, betrifft diese Frage vor allem deutsche Unternehmen, die künftig bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im europäischen Ausland benachteiligt werden könnten. Mangels Definition der konkreten Fördermaßnahmen sowie einer Festlegung der Rechtsnatur des Vergabekriteriums ist die getroffene Regelung nicht ausgereift. Eine Akzentsetzung zugunsten der Frauenförderung im Vergaberecht ist mit der Verabschiedung landesrechtlicher Regelungen inzwischen bereits gelungen.

Kontakt für weitere Informationen:



Angelique Weikum-Groß

Rechtsanwältin

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 65

E-Mail: angelique.weikum-gross@roedl.com

> Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Vertragsrecht – AGB oder Individualvereinbarung

Steht das AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr vor einer entscheidenden Novellierung?

Von Klaus Forster

- > Das deutsche AGB-Recht ist im unternehmerischen und behördlichen Rechtsverkehr zu einem deutlichen Risiko in Bezug auf die Wirksamkeit von vertraglichen Regelungen geworden. Es schränkt Entscheidungen und den vertraglichen sowie finanziellen Gestaltungsspielraum zum Teil erheblich ein.
- > Lösungsmöglichkeiten bieten rechtskonforme Individualvereinbarungen bzw. auch eine „Flucht aus dem deutschen Recht“. Je nach Vertragssituation sollte eine individuelle Risikoabschätzung und Beratung durch einen erfahrenen Vertragsjuristen erfolgen. Nur so können geeignete und wirksame Individualvereinbarungen, die keiner AGB-Kontrolle unterliegen, vereinbart werden.
- > Die Rechtspraxis hat das Problem längst erkannt. So gibt es eine Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins mit einem Vorschlag für eine entsprechende Gesetzesänderung.

Den Prüfungsvoraussetzungen des AGB-Rechts können im unternehmerischen Verkehr kaum ein öffentlicher Auftraggeber bzw. Unternehmen in Deutschland entkommen. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen ist die AGB-Problematik des deutschen Rechts von besonderer Brisanz, da die selbstbestimmte unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch die strenge Rechtsprechung und bestehende Gesetzeslage stark beschnitten ist. Und das obwohl in der Begründung zum AGB-Gesetz der Maßstab einer „selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflußnahme beider Vertragsparteien“ ausdrücklich aufgeführt war und damit als Grundgedanke – die unternehmerische Eigenverantwortlichkeit – und eben nicht eine richterliche Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle im Vordergrund stehen sollte. Die derzeitige Kontrolle von unternehmerischen Verträgen wird in der Praxis deshalb zu Recht als zu weitgehend und einschränkend empfunden. Dies gilt sowohl für klassische FM-Verträge aber auch für Betreiber-, Miet-, Service- und alle sonstigen Verträge zwischen Unternehmen.

Wann liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor?

Nach der weiten Definition des § 305 Abs. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Die bloße Absicht der mehrfachen Verwendung reicht aus. Rein faktisch erfüllen regelmäßig die meisten Klauseln, Vertragsdokumente sowie Vertragsmuster diese Voraussetzungen und stellen somit nichts anderes als AGBs dar. Auch aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Vertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein Anschein dafür ergeben, dass der Vertrag zur Mehrfachverwendung vorformuliert ist (BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 212/07). Das kann z. B. dann der Fall sein, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist.

Im Gegensatz zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen Individualvereinbarungen lediglich den allgemeinen gesetzlichen Grenzen, wie z. B. Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB), Wucher oder wucherähnliche Geschäfte (§ 138 Abs. 2 BGB). Außerhalb dieser sehr weiten Grenzen lässt sich grundsätzlich alles individuell vereinbaren. Bei AGB sind die Spielräume der Vertragsgestaltung dagegen sehr eingeschränkt. Die vertraglichen Regelungen unterliegen einer speziellen sogenannten AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Das heißt, dass jede einzelne Klausel strengerer gesetzlichen Anforderungen genügen muss, andernfalls ist sie unwirksam. So bestehen Unwirksamkeitsgründe, wie z. B. fehlende Transparenz (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), Unvereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzesgrundgedanken (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Eine

Unwirksamkeit kann zudem erst oft im Streitfall und nach gerichtlicher Überprüfung festgestellt werden, was zu einer hohen Rechtsunsicherheit führt, solange eine konkrete Überprüfung im Einzelfall nicht stattgefunden hat. Auch bei bereits in der Rechtsprechung akzeptierten AGBs besteht das Risiko einer Rechtsprechungsänderung hinsichtlich einer früher bereits akzeptierten AGB-Klausel. Die Abgrenzung einer Individualvereinbarung zu AGBs ist daher wichtig für die Beantwortung der Frage, nach welchem Maßstab die Wirksamkeit einer Regelung im Vertrag zu beurteilen ist und wie hoch das Risiko einer etwaigen unwirksamen AGB-Klausel ist.

Praxisbeispiel Haftungsregelungen in Verträgen

In der Praxis lassen sich die Schwierigkeiten der strengen Voraussetzungen und umfangreichen Rechtsprechung zum AGB-Recht zum Beispiel im Rahmen von Gestaltungen von Haftungsregelungen (Haftungsausschluss und Haftungsbegrenzung) feststellen. Jeder Auftragnehmer wird im Rahmen einer Auftragsannahme versuchen, die mit den beauftragten Leistungsportfolio verbundenen Haftungsrisiken abzuschätzen und im Rahmen von Haftungsregelungen so weit wie möglich zu reduzieren. Dabei kann eine – wie oft in der Praxis – auftragnehmerseitig gewünschte und auch nachvollziehbare Haftungsbegrenzung kaum rechtskonform gestaltet werden. Wenn eine Klausel z. B. nur verhandelt, aber nicht im Sinne der strengen Rechtsprechung „ausgehandelt“ worden ist, oder sie einer AGB-rechtlichen Kontrolle nicht standhält, empfiehlt es sich, entweder eine wirkliche Individualabrede zu treffen oder andere sachgerechte Lösungsmöglichkeiten zu finden.

Schließlich bleibt auch noch die Möglichkeit, gegen die Folgen eines zu hohen Haftungsrisikos eine ausreichende Versicherung abzuschließen. Allerdings besteht hier die Problematik, dass über einen Versicherungsschutz regelmäßig nur die direkten Schäden abgedeckt werden können, etwaige hohe Folgeschäden im Regelfall jedoch nicht. Sachgerechte Lösungen verlangen hier sowohl die jeweilige Branchenkenntnis als auch juristische Beratung.

Individualabreden

Durch wirksame Individualabreden lässt sich der strenge Prüfungskanon des AGB-Rechts rechtskonform umgehen und die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Wirksamkeit von Klauseln verhindern. Die praktischen Anforderungen an eine wirksame Individualvereinbarung sind nach der Rechtsprechung jedoch extrem hoch; sie können nur unter Berücksichtigung der genauen Anforderungen der Rechtsprechung und durch ein rechtssicheres Vertrags- und Dokumentationsmanagement erfüllt werden.

Wesentliche Voraussetzungen nach der Rechtsprechung für das Vorliegen einer Individualabrede sind:

- > ein über das im kaufmännischen Bereich übliche Verhandeln hinausgehendes Aushandeln der einzelnen Klausel,

- > der Verwender der vorformulierten Klausel muss den gesetzfremden Kerngehalt der Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen,
- > dem Vertragspartner muss eine tatsächliche Gestaltungsfreiheit eingeräumt werden, die ihm zumindest die reale Möglichkeit schafft, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen,
- > in der Regel muss sich ein Aushandeln in Textänderungen niederschlagen,
- > liegen keine Textänderungen vor, kann nach der Rechtsprechung nur unter besonderen Umständen eine Individualabrede angenommen werden,
- > eine vom Verwender allgemein geäußerte Bereitschaft, Klauseln abzuändern, genügt nicht.

Bereits die skizzierten Voraussetzungen der Rechtsprechung an das Vorliegen einer wirksamen Individualabrede zeigen, wie hier Verhandlungsrealität und Rechtsprechungsanspruch auseinander klaffen. So liegt zum Beispiel ein wirksames „zur Disposition stellen“ nur dann vor, wenn über den wesentlichen rechtlichen Inhalt einer Klausel gesprochen und ernsthaft verhandelt wird. Es reicht zum Beispiel nicht aus, wenn lediglich über kaufmännische Aspekte wie etwa die Herabsetzung der Haftungshöchstgrenzen oder über den Prozentsatz einer Vertragsstrafe diskutiert wird. Die Anforderungen an eine wirksame Individualvereinbarung sind den beteiligten Personen in der Praxis nur schwer zu vermitteln. Auch fehlt es oft an den genauen Kenntnissen der Rechtsprechung und den jeweiligen Anforderungen sowie einem genauen und dokumentations-sicheren Vertragsmanagement. Denn letztlich muss derjenige, der sich auf eine konkrete Individualvereinbarung beruft, die Voraussetzungen an das Vorliegen einer solchen vor Gericht darlegen und beweisen.

Neues AGB-Recht für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen?

Aufgrund der hohen Anforderungen an eine wirksame Individualvereinbarung und der dadurch bedingten starken Einschränkung der deutschen Wirtschaft in ihrer Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit sowie dem praktischen Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit im unternehmerischen Verkehr wird aktuell von verschiedenen Stellen, wie dem Deutschen Anwaltverein (DAV), dem Deutschen Juristentag (DJT) und auch dem Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau Industrie (VDMA), diskutiert, ob eine Lockerung des strengen AGB-Rechts erforderlich und angemessen sei. Erste Vorschläge, wie Gesetzesänderungen aussehen können, liegen bereits vor und werden kontrovers diskutiert. Aus unternehmerischer und auch aus kommunaler Sicht ist die Initiative zu begrüßen. Denn der Grundgedanke des AGB-Rechts, den schutzwürdig unterlegenen Vertragspartner zu schützen, wurde durch die immer strengere und kaum noch überschaubare Rechtsprechung zum Teil in das Gegenteil verkehrt und schränkt auch letztlich den Grundsatz der Privatautonomie im unternehmerischen Verkehr ein. Eine stabile Rechtslage, die juristisch und wirtschaftlich praktikabel ist, sollte im Vordergrund stehen. Ohne eine entsprechende Gesetzesänderung ist dies kaum zu erreichen.

Kontakt für weitere Informationen:



Klaus Forster

Rechtsanwalt

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 11

E-Mail: klaus.forster@roedl.com

> Neue Wege für Kommunen und Stiftungen Haftungsrisiken bei der Geldanlage zu reduzieren

Rödl & Partner erstellt für Kommunal- und Stiftungsfonds der HypoVereinsbank erstmalig einen quartalsweisen Transparenzbericht



Von Alexander Etterer, Dr. Wolfgang Höhn, Leiter Strukturierte Fonds, HypoVereinsbank

Kommunale Geldanlagen unterliegen strengen gesetzlichen Anlagebestimmungen. Um Kommunen und Stiftungen eine neue, interessante Investmentmöglichkeit zu bieten, hat die HypoVereinsbank in Zusammenarbeit mit der Verwaltungsgesellschaft Structured Invest S. A. den Kommunal- und Stiftungsfonds Defensiv aufgelegt. Der Fonds verfolgt eine sicherheitsorientierte und konservative Anlagestrategie, die den hohen Anforderungen an Transparenz und fortlaufender Überwachung entspricht. In Zusammenarbeit mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Rödl & Partner wurde erstmals ein zusätzlicher sogenannter Transparenzbericht entwickelt, der quartalsweise erscheint. Verbunden damit ist ein sogenanntes Transparenzlabel, welches dem Anleger wertvolle Informationen zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten und zur Vermeidung eines Organisationsverschuldens zur Verfügung stellt. Mit diesen mehrwertbringenden Sonderdienstleistungen nimmt die HypoVereinsbank eine am deutschen Markt einzigartige Stellung ein.

Die Vermögensverwalter der US-Universitäten Yale und Harvard zählen zu den besten Anlageprofis der Welt – und doch konnten sie nicht verhindern, dass die Stiftungen der beiden Universitäten während der Finanzkrise laut Medienberichten so viel Geld verloren haben wie seit Jahrzehnten nicht mehr. Nicht erst seit diesen Erfahrungen ihrer amerikanischen Kollegen steht für Verwalter von Stiftungsvermögen in Deutschland bei der Geldanlage ein Faktor im Mittelpunkt: Sicherheit.

Außer den nicht erzielten Erträgen erlitten auch die vorhandenen Bestände und Anlagedepots vieler Städte und Gemeinden in den letzten Jahren durch Kurseinbrüche starke Verluste. Selbst als sicher eingestufte Investments, wie Geldmarktfonds, verbuchten während der Finanzkrise bis zu zweistellige Verluste. Mehr als je zuvor sind Kommunen und Stiftungen gefordert, bei den entsprechenden Geldanlagen fortlaufend Sicherheit und Transparenz zu bieten. Dabei gilt das Prinzip „Sicherheit vor Rendite“.

Im Gegensatz zu privaten Anlegern unterliegen Kommunen und Stiftungen bei der Geldanlageentscheidung strengen gesetzlichen Regelungen. Gemäß der jeweils gültigen haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen hat z. B. bei Kommunen der Faktor Sicherheit Vorrang vor einem eventuell höheren Ertrag. Zudem gilt für die Verwaltung von Stiftungsvermögen der Grundsatz, das Vermögen zu erhalten. Das investierte Kapital soll die größtmöglichen Erträge bei möglichst geringen Risiken generieren. Auch die rechtzeitige Verfügbarkeit des Kapitals und die Transparenz der Anlage spielen eine entscheidende Rolle.

Die speziellen Anforderungen von Kommunen und Stiftungen berücksichtigt die Anlagestrategie des Kommunal- und Stiftungsfonds Defensiv, der das innovative und am deutschen Markt einzigartige Transparenzlabel der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Rödl & Partner trägt. Der Fondsmanager überwacht fortlaufend, dass sämtliche Anlagevorgaben und Transaktionen mit dem kommunalen Haushaltsrecht in Einklang stehen. Dies wird zusätzlich erstmals in einem quartalsweisen Transparenzbericht von Rödl & Partner dokumentiert. Das Fondsvermögen wird überwiegend in verzinsliche Wertpapiere mit hoher Bonität investiert, um das Kapital sicherheitsorientiert anzulegen und stetige Erträge zu erwirtschaften. Das bedeutet, das Durchschnittsrating aller im Fonds enthaltenen Rentenpapiere darf auf der Bewertungsskala nicht unter AA, der zweitbesten Note der Ratingagentur Standard & Poor's, liegen. Mindestens 50 Prozent der Rentenanlage müssen zudem verzinsliche Wertpapiere von öffentlichen Emittenten sein. Außerdem werden mindestens 35 Prozent des Anlageportfolios in deutsche Staatsanleihen, Anleihen deutscher Bundesländer oder Anleihen deutscher staatsnaher Institutionen und maximal 20 Prozent in Unternehmensanleihen europäischer Emittenten investiert. Während die Rentenquote des Anlageportfolios bis zu 100 Prozent betragen darf, ist der Einsatz von Aktien auf maximal 25 Prozent begrenzt. Darüber hinaus dürfen nur 10 Prozent in sonstige Investments und davon maximal die Hälfte in Rohstoffe

investiert werden. Allerdings wird dabei das Kapital nicht direkt in einzelne Aktien oder Rohstoffe, sondern zur weiteren Diversifizierung nur über börsengehandelte, kostengünstige Indexfonds, sogenannte ETFs, in die jeweiligen Indizes angelegt. Um Währungsrisiken zu vermeiden, notieren alle Anlagen in Euro. Der Einsatz von Kreditderivaten, Nachranganleihen, Wandelanleihen und Optionsanleihen ist nicht erlaubt. Für die Umsetzung der konservativen Anlagestrategie und Einhaltung der fest definierten Anlagegrenzen ist die UniCredit Luxemburg S.A. als Fondsmanager zuständig. Trotz der defensiven Ausrichtung enthält der Fonds weder Kapitalschutz noch Garantie; daher können Verluste des eingesetzten Kapitals entstehen. Ungünstige Marktbedingungen können unter Umständen dazu führen, dass die gehaltenen Anteile nicht ohne erhebliche Verluste zurückgegeben werden können.

Das hohe Maß des Fonds an Transparenz bietet einen entscheidenden Vorteil für Kommunen und Stiftungen, da sie jederzeit ihre Geldanlagen überprüfen können. Anleger erhalten von Rödl & Partner monatliche Sonderberichte sowie quartalsweise Transparenzberichte mit konkreten Prüfungshandlungen. So können sie sich ein genaues Bild von sämtlichen Transaktionen und Buchungen innerhalb des Publikumsfonds machen. Diese Informationen für Anleger gehen weit über das herkömmliche Berichtswesen von Fonds hinaus, denn sie erhalten fortlaufend fondsspezifische Auswertungen, wie z. B. Zusammensetzung des Fondsvermögens, Gewinn- und Verlustrechnungen, Risiko- und Kostenstrukturen, Einhaltung der Anlagerichtlinien, Qualität der eingesetzten Produkte, Bonität der Emittenten, umfassende Kostenübersicht oder Überprüfung der rechtzeitigen Verfügbarkeit des Kapitals. Mithilfe dieses ausführlichen und transparenten Berichtswesens mit einer verlässlichen Datenbasis ist es für Kommunen und Stiftungen möglich, die für sie vorgeschriebene permanente Kontrolle durchzuführen. Zudem werden sie durch die Zusammenarbeit mit einer unabhängigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei ihrer Kontrollfunktion unterstützt, können eigene Prüfungshandlungen dokumentieren und besser begründete Entscheidungen treffen. Mit der Besprechung der Berichte innerhalb der Finanzabteilung dokumentiert der Kämmerer die Einhaltung der geforderten Sorgfaltspflichten und reduziert das Risiko eines möglichen Organisationsverschuldens. Ausführlichere Informationen wie der Verkaufsprospekt sowie die monatlichen Sonderberichte und quartalsweisen Transparenzberichte sind jederzeit unter www.structuredinvest.lu abrufbar.

Kontakt für weitere Informationen:



Alexander Etterer

Tel.: +49 (221) 94 99 09-600

E-Mail: alexander.etterer@roedl.com

> Veranstaltungshinweise

Alle Informationen zu unseren Seminaren finden Sie direkt im Internet unter: www.roedl.de/seminare

Thema	Aufsichtsrechts- und kommunalkonform investieren
Termin/Ort	04.07.2012/Köln
Referenten	Martin Wambach, Alexander Etterer, Dr. Krüger, Michael Welter
Veranstalter	Rödl & Partner, Lampe Asset Management

Thema	9. Münchner Vergaberechtstag
Termin/Ort	12.07.2012/München
Referenten	Holger Schröder, Tanja Nein, Maria Vavra, u.a.
Veranstalter	Rödl & Partner

Thema	Doppik Tag Bayern
Termin/Ort	18.07.2012/Nürnberg
Referenten	Markus Steger-Gühmann, Cornelia Taubmann, u.a.
Veranstalter	Rödl & Partner

Thema	Finanzderivate: Vom Problemlöser zum Problem
Termin/Ort	24.07.2012/Köln 25.07.2012/Leipzig 07.08.2012/Nürnberg
Referenten	Martin Wambach, Dr. Gunnar Stark, Gerhard Richter, Dirk Adams
Veranstalter	Rödl & Partner

Thema	2. Branchentreffen Erneuerbare Energien
Termin/Ort	26.09.2012/Nürnberg
Referenten	Martin Wambach, Anton Berger, u.a.
Veranstalter	Rödl & Partner

Kontakt für weitere Informationen:

Peggy Kretschmer

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02

E-Mail: peggy.kretschmer@roedl.com

> Neue Publikation

E|nEws

Erneuerbare Energien: Erfahrungen und Trends weltweit

Mit der aktuellen Ausgabe unserer Mandantensinformation im Bereich der Erneuerbaren Energien wollen wir Sie sowohl über aktuelle Entwicklungen in Deutschland als auch auf internationaler Ebene aus rechtlicher, steuerlicher und wirtschaftlicher Sicht informieren. **Dieser Newsletter ist für Sie kostenlos.**

Themen in dieser Ausgabe: Aktuelles Gesetzgebungsverfahren zum EEG | Spanische Gerichte verneinen die Rechtswidrigkeit von zwei rückwirkenden Gesetzen | Erste Einschätzung zum Entwurf des neuen Conto Energia V | Die Novelle des tschechischen EEG tritt in Kraft | Das Große Warten auf das EEG in Polen | u. a.

Bestellung: E-Mail an Frau Karolina Krysta | karolina.krysta@roedl.com



Impressum Kommunale Finanzen im Fokus

Herausgeber: Rödl & Partner GbR
Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg
Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 03 | pmc@roedl.de

Verantwortlich für den Inhalt: Martin Wambach | Heiko Pech
Layout/Satz: Karolina Krysta

Der gesamte Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.