

ÖFFENTLICHER SEKTOR

Stürmische Zeiten für Ver- und Entsorger

Wer profitiert vom verschärften Wettbewerbsdruck?

In dieser Ausgabe lesen Sie:

- | | | | |
|---|---|---|----|
| ■ Editorial | 2 | ■ Steuerrecht | |
| ■ Brennpunkt | | Straßenbeleuchtung als Dauerverlustgeschäft | 11 |
| Kommunale Chancen bei der Windenergie | 2 | Steuerlicher Querverbund: Verlusttragungspflicht
entsprechend der Beteiligungsquote? | 12 |
| ■ Verkehrswirtschaft | | Neue Umsatzsteuerregelungen für Entsorger | 13 |
| VRR-Finanzierungssystem erfüllt | | ■ Kapitalmarktrecht | |
| EU-Anforderungen | 4 | Zins-Swap-Verträge: Umfassende Auskunftspflicht
der Bank | 14 |
| ■ Versorgungswirtschaft | | ■ Kurz notiert | |
| Aktuelle Änderungen des Grünstromprivilegs | 8 | Gebührenabrechnung durch Private zulässig? | 15 |
| ■ Entsorgungswirtschaft | | Wälzungsmechanismus gem. EEG | 16 |
| Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes | 9 | | |

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

mit starkem, wenn nicht sogar stürmischem Rückenwind werden derzeit Projekte zum Ausbau des Bereichs der Erneuerbaren Energien an die Kommunen herangetragen. Diese sind aber nicht nur als Planungsbehörden gefordert. Denn vor dem Hintergrund leerer Haushaltskassen sind sie ebenso in der Pflicht, frühzeitig auch die wirtschaftlichen Aspekte des Ausbaus der Windenergie, der vor allem auf kommunaler Ebene stattfinden wird, zu betrachten. Die näheren Analysen im Brennpunkt dieser Ausgabe der PKF Themen ÖS verbinden wir auf S. 4 mit der Empfehlung, hierbei auch die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten und die Finanzierungsbedingungen angemessen zu berücksichtigen.

Das gilt auch für die Verkehrswirtschaft: Der auf S. 4 unmittelbar nachfolgende Bericht über eine Entscheidung der Europäischen Kommission zum VRR-Finanzierungssystem hat über den entschiedenen Einzelfall hinaus weitreichende Bedeutung für den ÖPNV insgesamt: Erfreulich ist das Ergebnis, dass die gewährten Ausgleichs beihilfekonform gewährt werden.

Entspannung auf der Finanzierungsseite könnte auch von einem aktuell Aufsehen erregenden BGH-Urteil ausgehen: Hier dürfen Bankkunden auf Schadenersatz hoffen (vgl. S. 14), wenn sie nicht ordnungsgemäß über die Risiken eines hochkomplexen Anlageprodukts (Zins-Swap-Geschäfte) aufgeklärt wurden – auch in entsprechende Kapitalanlagen eingebundene kommunale Verantwortungsträger dürften davon profitieren.

Das ist auch nötig, wenn andererseits neue gesetzliche Regelungen wirtschaftliche Vorteile beschneiden oder Investitionen erfordern, so im Rahmen des Grünstromprivilegs bzw. im Zuge der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes – lesen Sie mehr auf S. 8 bzw. auf S. 9.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihr Team von PKF

BRENNPUNKT

Kommunale Chancen bei der Windenergie

Die Kommune als Vertragspartner von Windenergieanlagenbetreibern

Der Wind hat sich gedreht! Beschleunigt durch die aktuellen Ereignisse in Japan und die dadurch ausgelöste lebhafte Debatte um die zukünftige Energiestrategie sowie den Atomausstieg öffnet sich nunmehr auch für die Onshore-Windenergie auf Landesebene ein vielfältiges politisches Förderumfeld.

1. Neue Dynamik der Windenergieförderung

Insbesondere der nordrhein-westfälischen Verwaltungspraxis konnte bisher eine windkraftkritische Tendenz der „Verhinderungsplanung“ etwa durch überzogene Abstandsflächenforderungen nicht abgesprochen werden. Nun aber überarbeitet NRW derzeit seinen sog. Windkraft-erlass, um günstige Rahmenbedingungen zu schaffen.

Die allgemein positiven politischen Signale greifen bereits: So berichtet beispielsweise die Bezirksregierung Arnsberg, dass 62 von 83 der Kommunen im Regierungsbezirk Konzentrationszonen für Windkraftanlagen in ihren Flächennutzungsplänen dargestellt haben. Zugleich wird eine Vielzahl von Projektierern und Windparkbetreibern initiativ, die ausgewiesenen Flächen nutzen zu wollen.

Hinweis: Die Kommunen sind aber nicht nur als Planungsbehörden gefordert. Denn vor dem Hintergrund leerer Haushaltskassen sind sie ebenso in der Pflicht, frühzeitig auch die wirtschaftlichen Aspekte des Ausbaus der Windenergie, der vor allem auf kommunaler Ebene stattfinden wird, zu betrachten.

2. Einspeiseerlöse, Steuern und Boden

Windenergieprojekte bieten sich aufgrund der langfristig gesicherten Einspeisevergütung nach dem EEG für eine dauerhafte regionale Wertschöpfung an. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Erstrealisierungs- oder

Repowering-Projekte handelt. Sind geeignete Flächen im Gemeindegebiet vorhanden, können sowohl aufgrund von Gewerbesteuereinnahmen als auch im Zuge der Einbindung regionaler Marktpartner dauerhafte Vorteile und eine Wertschöpfung in der Gemeinde oder in der Region realisiert werden.

3. Unternehmerische Betätigung der Gemeinde?

Insbesondere wenn die Gemeinde eigene kommunale Flächen zur Verfügung hat, sollte sie sich aber auch mit der Frage einer eigenen unternehmerischen Initiative auseinandersetzen. Durch die Verpachtung der Flächen an Windkraftbetreiber kann die Gemeinde recht risikolos Einnahmen generieren, die ihr für den allgemeinen Haushalt zur Verfügung stehen. Sie muss entscheiden, ob sie eine feste oder eine erlös- bzw. windertragabhängige Pacht mit einem Windkraftbetreiber vereinbaren will. Erfahrungsgemäß bieten die Windparkbetreiber aber auch alternativ eine unternehmerische Beteiligung der Kommune oder weitergehend auch der Bürger an.

Vor dem Hintergrund zukünftiger Gewerbesteuereinnahmen erhält z. B. die Standortfrage einer möglichen Kooperations- bzw. Betriebsgesellschaft besondere Bedeutung. In dieser Situation stellen sich vielfältige Gestaltungsfragen.

4. Bürgerbeteiligungsmodelle

Gerade sog. Bürgerbeteiligungsmodelle können die Akzeptanz für entsprechende Projekte fördern. Problemfaktoren wie Abschattungen, Geräuschimmissionen und andere Belästigungen sind nicht durch das neue positive Förderumfeld behoben, sondern müssen im Rahmen der neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen erfasst, gewertet und unterhalb der rechtlichen Relevanzschwellen als hinnehmbar vermittelt werden.

Ist der betroffene Bürger an dem Windpark beteiligt, dürfte seine Bereitschaft, akzeptable Beeinträchtigungen hinzunehmen, größer sein. Zur Gestaltung von Bürgerbeteiligungsmodellen gibt es ebenfalls zahlreiche Möglichkeiten. In der Praxis dürften

- die Genossenschaft,
- die GmbH & Co. KG,
- der Sparbrief,
- das Genussrecht sowie
- die stille Beteiligung und
- das partiarische Darlehen

die am häufigsten eingesetzten Varianten sein.

Empfehlung: Die Auswahl der richtigen Form sollte sich an den Zielsetzungen der Initiatoren orientieren.



Bürgerbeteiligungsmodelle fördern die Akzeptanz für Windparkprojekte.

5. Wirtschaftliche Eckpunkte

Entscheidend für die Wirtschaftlichkeit eines Windkraftprojekts ist aufgrund der gesetzlich fixierten Einspeisevergütung der Windertrag. Der Windertrag wird durch die Windgeschwindigkeit am Standort und die technische Ausstattung der Anlage (z. B. Nennleistung, Nabenhöhe, Rotordurchmesser) bestimmt. Zur Plausibilisierung der Eingangsdaten verschiedener Kooperationspartner können Quervergleiche zwischen den Anbietern, unabhängige Windgutachten, Herstellgarantien oder – sofern möglich – die Einsichtnahme in Beschaffungs- und Wartungsverträge dienen.

Empfehlung: Bei einer Beteiligung an einem Windkraftprojekt sollte die Wirtschaftlichkeitsanalyse dahingehend ergänzt werden, dass auch die Finanzierungsbedingungen und die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten (z. B. stille oder gesellschaftsrechtliche Beteiligung) betrachtet werden. Abschließend sollten die aus den verschiedenen Handlungsalternativen (Verpachtung oder Beteiligung) resultierenden Haushaltszuflüsse kapitalisiert werden, um eine Vergleichbarkeit der Zahlungsreihen herzustellen.

VERKEHRSWIRTSCHAFT

VRR-Finanzierungssystem erfüllt EU-Anforderungen

Positive Entscheidung der Europäischen Kommission im Beihilfeprüfverfahren VRR/Langenfeld

Das Beihilfeprüfverfahren VRR/Langenfeld ist positiv ausgegangen: Die Europäische Kommission (KOM) hat das Finanzierungssystem des VRR als kompatibel mit den Anforderungen der gültigen VO (EG) 1370/2007 beurteilt. Über den entschiedenen Einzelfall hinaus hat die positive Beurteilung des VRR-Finanzierungssystems weitreichende Bedeutung für den ÖPNV insgesamt.

1. Zentrale Ergebnisse des Prüfverfahrens im Überblick

Mit dem Beschluss der EU-Kommission vom 24.2.2011 ist für den deutschen ÖPNV erstmalig eine Entscheidung unter Anwendung der VO (EG) 1370/2007 getroffen worden. Der positive Ausgang des Verfahrens hat nicht nur für die beiden betroffenen kommunalen Unternehmen Rheinbahn und Bahnen der Stadt Monheim (BSM) weitreichende Bedeutung, sondern auch für die weiteren im VRR tätigen Unternehmen und schließlich ebenso für alle anderen Finanzierungen im ÖPNV. Denn insbesondere entschied die Kommission, dass bei der Finanzierung der kommunalen Verkehrsunternehmen nicht gegen Beihilferecht verstoßen wird und keine Überkompensation vorliegt.

Damit steht nun fest, dass es sich bei den an die Unternehmen gewährten Ausgleichen zwar um eine staatliche Beihilfe handelt, diese Beihilfe aber mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Die EU-Kommission hat klar zum Ausdruck gebracht, dass das VRR-Finanzierungssystem vollumfänglich die Vorgaben der VO (EG) 1370/2007 einhält.

Hinweis: An der Konzeption des Finanzierungssystems, der Erstellung der VRR-Finanzierungsrichtlinie und deren steuerlicher Abstimmung sowie an der gutachterlichen Begleitung des Prüfverfahrens der KOM hat PKF/IVT maßgebend mitgewirkt.

2. Ablauf des Prüfverfahrens im Einzelnen

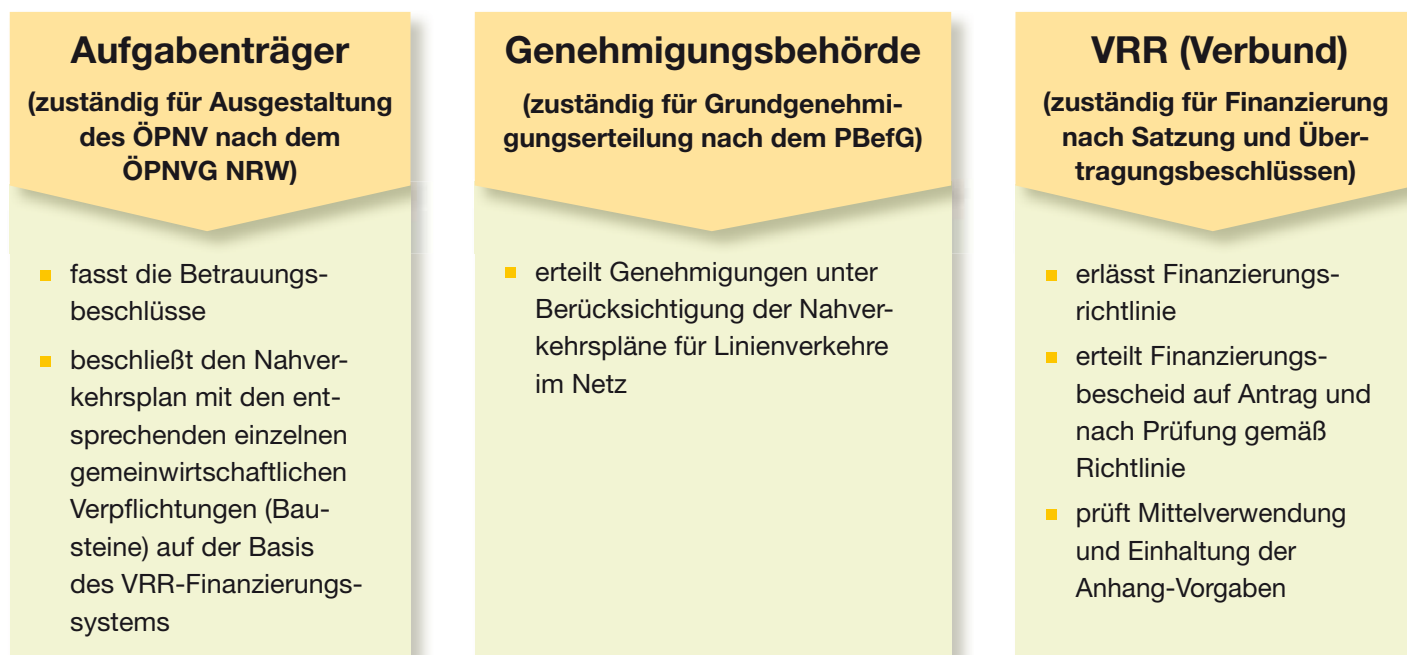
2.1 Vorliegen einer Beihilfe

Die KOM hat im Rahmen des Verfahrens zunächst das Vorliegen einer Beihilfe geprüft und bejaht, dass es sich bei den gewährten Ausgleichen um staatliche Mittel handelt. Im Rahmen der Prüfung der Gewährung eines selektiven Vorteils fanden dann die vier Altmark-Trans-Kriterien (vgl. dazu bereits die Ausgabe 1/2009 der PKF Themen ÖS) Anwendung. Dabei wurde zwischen unterschiedlichen Rechtsgrundlagen der Ausgleichsgewährung differenziert, nämlich

- der Gewährung der Ausgleichs nach der Finanzierungsrichtlinie (positive Finanzierungsbescheide) und

Abb. 1: Dreipoliger Betrauungsakt im VRR

Sicherstellung Art. 3 VO (EG) 1370/2007 sowie des Kriterium 1 Altmark-Trans durch dreipoligen Betrauungsakt über einzelne Finanzierungsbausteine im Netz



- der **Gewährung der Ausgleiche (vor Ort) nach bilateralen Verträgen** (negative Finanzierungsbescheide).

Im Ergebnis sieht die KOM zwar das 4. Altmark-Trans-Kriterium als nicht erfüllt an. Dies war nach Vorliegen der zuletzt ergangenen Entscheidung der Europäischen Kommission im Beihilfeprüfverfahren danske statsbaner (vgl. dazu die ausführliche Analyse in den PKF Themen ÖS 2/2010) auch nicht anders zu erwarten, denn die KOM hat bisher noch nie das 4. Altmark-Trans-Kriterium als erfüllt angesehen (zumindest nicht in den bekannt gewordenen Entscheidungen).

2.2 Vereinbarkeit von Ausgleichsgewährungen mit dem gemeinsamen Markt trotz Beihilfecharakter

Trotz des tatbestandlichen Vorliegens einer Beihilfe kommt die KOM aber – wie oben bereits ausgeführt – letztlich zum klaren Ergebnis, dass diese Beihilfe den Voraussetzungen der VO (EG) 1370/2007 entspricht und damit mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist. Diese Entscheidung hat die KOM getroffen, indem sie die gewährten Ausgleiche nach den Kriterien der VO (EG) 1370/2007 geprüft hat,

deren Erfüllung nach ihrer Ansicht derzeit entscheidend für die Vereinbarkeit von Ausgleichsgewährungen mit dem gemeinsamen Markt ist. Im Einzelnen sind alle nachfolgend aufgelisteten Bestimmungen der VO erfüllt:

- Art. 3:** Die KOM sieht eine *wirksame Betrauung der Unternehmen im VRR mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen* als gegeben an (dreipoliger Betrauungsakt, vgl. dazu Abb. 1).
- Art. 4 Abs. 1:** Die Betrauung enthält in fünf sog. Bausteinen eine klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.
 - Baustein 1:* Vorhaltung von Verkehrsinfrastruktur
 - Baustein 2:* Erbringung von verbund- bzw. aufgabenträgerbedingten Regie- und Vertriebsmehrleistungen
 - Baustein 3:* Vorhaltung von verbund- bzw. aufgabenträgerbedingten Fahrzeugqualitätsmehrleistungen
 - Baustein 4a:* Angebotsvorhaltung von Verkehrsleistungen in Schwachverkehrszeiten
 - Baustein 4b:* Erfüllung tarifrechtlicher Vorgaben

- **Art. 4 Abs. 1 b:** Die Parameter der Ausgleichsgewährung sind vorab klar definiert, sodass keine Überkompensation entstehen kann (ex-ante-Prüfung).
- **Art. 4 Abs. 1 c:** Die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung von Kosten sind klar und wirksam vom VRR vorgegeben.
- **Art. 4 Abs. 2 VO:** Es liegen wirksame Vorgaben zur Trennungsrechnung mit vorgegebenen externen Prüfungen vor.
- **Art. 4 Abs. 3:** Aufgrund der befristeten Betrauungen im VRR sind derzeit die vergaberechtlichen Vorgaben der VO nicht anzuwenden (d. h., dass die Übergangsregelungen der VO wirksam in Anspruch genommen wurden).
- **Art. 4 Abs. 5:** Der Ausgleich nach Baustein 4 b (Tariflohndelta) entspricht den Vorgaben für eine wirksame Vorgabe von Sozialstandards.
- **Art. 4 Abs. 6:** Im Rahmen der Betrauung im VRR liegen wirksame Vorgaben von Qualitätsstandards vor.

Im VRR wird die Argumentation, alle vier Altmark-Trans-Kriterien seien erfüllt, beibehalten.

Der Betrauungsakt im VRR erfüllt demnach alle obligatorischen Bestimmungen des Art. 4 der VO (EG) 1370/2007. Daneben sind die Anforderungen des Art. 6 und des Anhangs der VO zu beachten: Die Vorgaben zur Trennungsrechnung unter Anwendung der geltenden nationalen Rechnungslegungsvorschriften und die daran anknüpfende Ermittlung des „finanziellen Nettoeffekts“ erfüllen die im Anhang zur VO definierten Pflichten. Konsequenterweise kommt die KOM deshalb zu dem o.g. Ergebnis, dass die gewährten Ausgleichs beihilferechtskonform gewährt werden.

3. Umsetzung von Hinweisen der KOM

Gleichwohl ist die Europäische Kommission der Argumentation des VRR nicht vollumfänglich gefolgt. Der VRR vertritt weiterhin die Meinung, dass sämtliche Altmark-

Trans-Kriterien erfüllt sind, und geht davon aus, dass die Entscheidung der KOM im Hinblick auf die Beurteilung des Kriteriums 4 der Altmark-Trans-Rechtsprechung sachlich fehlerhaft ist bzw. unvollständiggeprüft wurde.

Da diese Frage jedoch nach dem

Beschluss keine materielle Bedeutung für die Unternehmen im VRR hat, haben sich der VRR und alle beteiligten Unternehmen entschlossen, zwar keine Rechtsmittel einzulegen, aber dennoch die Argumentation, alle vier Altmark-Trans-Kriterien seien eingehalten, beizubehalten.

Seine abweichende Sichtweise wird der VRR gegenüber der KOM begründen und am bestehenden Ausgleichsverfahren grundsätzlich festhalten. Hinweise der KOM wurden darin aber bereits berücksichtigt. So erfolgt die Prüfung der Kostenhöhe pro Baustein auf der Basis einer Kostenartenanalyse mit regionalem Bezug auf die Leistungen und Qualitäten. Erst danach wird eine qualifizierte Kostenvergleichsanalyse („durchschnittlich, gut geführt“) auf der Basis bereits analysierter Kostenarten und Funktionsstrukturen von Dritten durchgeführt.

Anders als von der KOM begründet, ist im Rahmen der Bemessung der Ausgleichs der Maßstab „durchschnittlich, gut geführt“ nicht per se auf das Gesamtunternehmen, sondern nur auf die gemeinwirtschaftlichen Kostenanteile (verursacht durch die jeweilige Verpflichtung) zu beziehen. Es wird insoweit ermittelt, wie viel ein fiktives Unternehmen für entsprechende Leistungen hätte aufwenden müssen.

Hinweis: Die Richtigkeit der Ergebnisse im VRR lässt sich dadurch plausibilisieren, dass die Ist-Kosten überwiegend – z. T. weit – über den Soll-Kosten pro Verpflichtung lagen, was nachgewiesen wurde (Verwendungsnachweis).

Die Verpflichtung zur Implementierung eines Anreizsystems und zur Berücksichtigung von Effizianzanreizen gilt erst seit 2010 (Anhang VO (EG) 1370/2007) und war kein Erfordernis aus der Entscheidung „Altmark-Trans“. Im Übrigen wurde die Prüfung des Kriteriums 4 alle 3 Jahre

einer Revision unterzogen und die Sollwerte wurden neu angepasst (inkl. aktueller Effizienzgewinne).

Ferner ist die Anwendung des TVN-Tarifs (Tarifvertrag Nahverkehr) bei der Vergütung der Fahrer im kommunalen Bereich ein regionaler Maßstab für einen Vergleichsmarkt, da bei Anwendung des NWO-Tarifs (also des Verbands nordrheinwestfälischer Omnibusunternehmer für Fahrer im privaten Bereich) nicht ausreichend Fahrer verfügbar wären.

Im Hinblick auf die Erfüllung des Kriteriums 3 („Ausschluss von Überkompensation“) hat die Kommission durch die getrennte Beurteilung im Hinblick auf die Ausgleichsgewährung (vgl. oben unter Abschn. 2.1) *wichtige Hinweise für die tatsächliche Gestaltung vor Ort* gegeben. Während die Ausgleichsermittlung und die Nachweise, die im Finanzierungssystem vorgegeben sind, als wirksam beurteilt wurden, ist bei der Prüfung der (tatsächlichen) Ausgleichsgewährung vor Ort in einer Konstellation der *bestehende Ergebnisabführungsvertrag (EAV) an sich als Beihilfe beurteilt worden*. Die KOM begründet dies damit, dass der EAV auf den Ausgleich aller Kosten gerichtet sei und insoweit eine wirksame Begrenzung der Ausgleichsleistungen nicht vorliege.

Der angemessene Gewinn wird bei Busunternehmen nicht nur durch die Kapitalrendite bestimmt.

Da im konkreten Fall der EAV *vor 1996 geschlossen* worden war, wurde der EAV mit Wirkung bis 3.12.2009 (Wirkungswort der VO (EG) 1370/2007) als *bestehende Beihilfe* beurteilt.

Diese – nicht das eigentliche Finanzierungssystem des VRR, sondern einen Unterfall betreffende – Beurteilung der *tatsächlichen Ausgleichsgewährung* ist zu einer Gestaltung eines Unternehmens ergangen, in der über den EAV auch Drittverluste ausgeglichen wurden. In dem anderen Unternehmen wurden ausschließlich Unterdeckungen für Verkehrsleistungen im VRR ausgeglichen und der Ausgleich überstieg nicht das nach den Feststellungen des VRR mögliche Ausgleichsvolumen mit der Folge, dass das Unternehmen keinen Bilanzgewinn erzielte.

Hinweis: Die so vorgenommene Differenzierung der Europäischen Kommission wird von uns derzeit analy-

siert und mit anderen vorliegenden Strukturen abgeglichen. Eine konkrete Handlungsempfehlung bezüglich der Einhaltung der rechtlichen Vorgaben bei Gestaltungen vor Ort ist auf der Basis einer detaillierten Strukturanalyse mit dem Abgleich der o.g. Grundsätze möglich.

4. Fazit

Die Europäische Kommission kommt in dem von PKF/IVT begleiteten Verfahren zum Ergebnis, dass die im VRR gewährten Ausgleichsleistungen die Anforderungen der VO (EG) 1370/2007 erfüllen und im Rahmen des VRR-Finanzierungssystems insoweit beihilferechtskonform gewährt werden.

Nach hier vertretener Auffassung ist die insgesamt sehr begrüßenswerte Entscheidung der Kommission im Hinblick auf die Prüfung des Kriteriums 4 des Altmark-Trans-

Urteils in der Sache allerdings fehlerhaft und unvollständig. Da dies aber keine konkreten Auswirkungen hat, wurde auf die Weiterverfolgung des Rechtswegs insoweit verzichtet. Der VRR wird aber sämtliche Hinweise der Kommission bei der Überarbeitung seines Finanzierungssystems kurzfristig

berücksichtigen und ggf. entsprechende Empfehlungen an die beteiligten Gebietskörperschaften aussprechen.

Die Entscheidung zeigt, dass die KOM auch Altfälle nach neuem Recht beurteilt. Die Umsetzung im VRR dient daher als Maßstab für viele vergleichbare Fälle in der ÖPNV-Praxis.

Hinweis: PKF/IVT ist an weiteren maßgebenden Abstimmungsprozessen mit der KOM im Zusammenhang von Trennungsrechnungen und Anhang-Anforderungen zusammen mit dem Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e.V. (bdo) beteiligt. Dabei sollen alle weiteren Fragestellungen zum Anhang, die bei dem VRR/Langensfeld-Verfahren nicht Gegenstand waren (z.B. angemessener Gewinn, Ansatz Unternehmerlohn), abschließend abgestimmt werden. Wir werden Sie informieren, sobald konkrete Ergebnisse vorliegen.



Energieversorger müssen Mehrbelastungen infolge Einschränkungen des Grünstromprivilegs auffangen.

VERSORGUNGSWIRTSCHAFT

Aktuelle Änderungen und Zukunftsperspektiven des Grünstromprivilegs

Implikationen für Energieversorger

Das sog. Grünstromprivileg ist durch eine am 24.2.2011 vom Deutschen Bundestag angenommene Änderung des § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG eingeschränkt worden. Damit wird das für EVU bisher bestehende und durch die für das Jahr 2011 erfolgte Anhebung der EEG-Umlage nochmals gesteigerte Potenzial, wirtschaftliche Vorteile zu realisieren, deutlich beschnitten.

1. Ausgangslage

Elektrizitätsversorgungsunternehmen haben nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) grundsätzlich die Pflicht, den von ihnen gelieferten Strom mit einer EEG-Umlage zu belasten und diese EEG-Umlage an den für sie regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber abzuführen. Mit diesen Zahlungen soll die Differenz aus den Einnahmen und den Ausgaben der Übertragungsnetzbetreiber bei der EEG-Umsetzung gedeckt werden.

Der starke Anstieg der EEG-Umlage von 2,047 Cent im Jahr 2010 auf 3,530 Cent pro gelieferter Kilowattstunde im Jahr 2011 (bedingt durch die Prognose der in 2011 zu erwartenden Einspeisung aus regenerativen Stromerzeugungsanlagen) hatte eine deutliche Mehrbelastung der betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) zur Folge. In diesem Zusammenhang war und ist

eine zunehmende Entwicklung hin zu Vertriebsmodellen zu beobachten, die von dem sog. Grünstromprivileg profitieren wollen. Im Rahmen des in § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG geregelten Grünstromprivilegs sind EVU von der Zahlung der EEG-Umlage befreit, sofern sie bezogen auf die gesamte von ihnen gelieferte Strommenge mindestens 50% der Strommengen aus Erneuerbaren Energien an Letztverbraucher liefern.

2. Änderungen des Grünstromprivilegs

Neben der wachsenden Einspeisung aus regenerativen Stromerzeugungsanlagen kann eine verstärkte Nutzung des Grünstromprivilegs einen zusätzlichen Effekt auf die Entwicklung der EEG-Umlage haben:

- Zum einen werden zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG tendenziell diejenigen EEG-Anlagen in die Direktvermarktung aufgenommen, welche die niedrigsten EEG-Vergütungssätze aufweisen. Folge ist, dass jene Anlagen mit den höchsten Vergütungssätzen in der klassischen EEG-Vergütung verbleiben.
- Zum anderen wird bei einer verstärkten Nutzung des Grünstromprivilegs die EEG-Umlage auf eine zunehmend kleinere Zahl von Versorgern und damit auch auf die Schultern von immer weniger Endverbrauchern verteilt.

Um diesen Effekten entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber mit Art. 3d des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien – EAG EE) das Grünstromprivileg geändert. Die Novellierung enthält eine Begrenzung der

Umlagebefreiung auf höchstens 2,00 Cent pro Kilowattstunde. Eine vollständige Befreiung eines EVU von der Kostenlast der EEG-Umlage ist damit nicht mehr möglich. Um Rückwirkungen für das Jahr 2011 auszuschließen, hat der Gesetzgeber in § 66 EEG einen neuen Absatz 8 eingefügt: Dieser bestimmt, dass die Neuregelung des Grünstromprivilegs erst auf Strom anwendbar ist, den EVU ab dem 1.1.2012 an Letztverbraucher liefern.

3. Zukünftige Entwicklung des Grünstromprivilegs

Die am 24.2.2011 vom Deutschen Bundestag angenommenen Änderungen des Grünstromprivilegs sollen nach dem Willen des Gesetzgebers erst den Beginn einer Weiterentwicklung des Grünstromprivilegs darstellen. Es wurde bereits angekündigt, weitere Schritte im Rahmen des EEG-Erfahrungsberichts zu prüfen und eventuell in der EEG-Novelle, die zum 1.1.2012 in Kraft treten soll, umzusetzen.

Hinweis: In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber in der Begründung zur Novellierung des § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Energieversorger, die sich auch im Jahr 2012 auf das Grünstromprivileg berufen wollen, mit weiteren Änderungen rechnen müssen. Diese haben sich mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 17.5.2011 bereits konkretisiert. Der Referentenentwurf sieht teils deutliche

- qualitative (mind. 25% der an Letztverbraucher gelieferten Strommenge müssen aus fluktuierenden Quellen stammen sowie Pflicht zur Einhaltung aller geforderten Quoten) und
- quantitative (Begrenzung der Umlagenbefreiung auf 2,00 Cent/kWh sowie Abschaffung der Vergütung für vermiedenen Netzentgelte aufgrund dezentraler Einspeisung gem. § 18 Abs. 1 Satz 1 EEG)

Anpassungen zur Neuregelung des Grünstromprivilegs vor. Über die weiteren Entwicklungen und die sich hieraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen werden wir weiter berichten.

Für die Beibehaltung des Grünstromprivilegs als Instrument der Direktvermarktung von EEG-Strom hat auch

der Bundesrat in seiner Sitzung am 18.3.2011 plädiert. Zugleich hat er auf Empfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit von einem Antrag auf Einberufung des Vermittlungsausschusses abgesehen, wodurch das Gesetzgebungsverfahren zum EAG EE in inhaltlicher Hinsicht beendet ist.

4. Fazit

Der Beschluss des Gesetzgebers, ab dem 1.1.2011 das Grünstromprivileg auf 2,00 Cent pro gelieferter Kilowattstunde zu deckeln, beschränkt das Potenzial zur Realisierung wirtschaftlicher Vorteile. Mit ihrer Entscheidung, die aktuellen Regelungen für das Grünstromprivileg 2011 nicht zu reduzieren, setzt die Bundesregierung jedoch ein konstruktives Signal für die Energiewirtschaft, da eine unterjährige Deckelung des Grünstromprivilegs eine existenzielle Bedrohung für betroffene EVU bedeutet hätte.

Empfehlung: Sowohl bei der Beurteilung eines bestehenden Grünstromvertriebs als auch bei der Neueinrichtung eines solchen sollten – neben einer Vielzahl komplexer Nebenbedingungen – die aktuellen Anpassungen und mögliche zukünftige Entwicklungen der gesetzlich eingeräumten Privilegstrukturen in das Kalkül und die Gestaltung der Lösung einbezogen werden. Dies betrifft insbesondere die im o.g. Referentenentwurf vom 17.5.2011 genannten bereits konkretisierten Änderungsabsichten. Wir unterstützen Sie hierbei und in den sich anschließenden Detailfragen gerne mit unseren Erfahrungen.

ENTSORGUNGSWIRTSCHAFT

Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes

Wer profitiert?

Der Kabinettsentwurf des Kreislaufwirtschaftsgesetzes enthält vielfältige Regelungsbereiche, die insbesondere die Abfallsammlung und das Recycling betreffen. Die umstrittene Frage der Systemführerschaft im Zusammenhang mit der pflichtigen Einführung der Wertstofftonne lässt das Gesetz allerdings offen.

1. Einführung

Im Rahmen der Novelle des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) beabsichtigt das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit neben der Umsetzung der EU-Abfallrahmenrichtlinie eine umfassende Modernisierung des deutschen Abfallrechts. Der am 30.3.2011 beschlossene Kabinettsentwurf zur Novelle des KrWG wird nun dem Bundesrat und danach dem Deutschen Bundestag zugeleitet. Das Gesetz bedarf der Zustimmung des Bundesrats.

Das KrWG differenziert den Abfallbegriff bzw. die sog. Abfallhierarchie und stärkt vor allem das Recycling. Des Weiteren präzisiert es insbesondere im Bereich der Überlassungspflichten die Aufgabenteilung zwischen den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und der Privatwirtschaft, wodurch eine höhere Rechts- und Planungssicherheit geschaffen werden soll.

Allerdings wird die Planungssicherheit nicht den Problembereich der Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne umfassen. Denn insbesondere die kontrovers und viel diskutierte Frage einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Systemführerschaft im Zusammenhang mit der Einführung der einheitlichen Wertstofftonne lässt das Gesetz offen. Hier sollen erst Entscheidungen getroffen werden, nachdem verschiedene wissenschaftliche Untersuchungen und Planspiele unter Beteiligung der Marktakteure ausgewertet sind.

Die konkreten rechtlichen Regelungen sollen danach entweder in Form einer Verordnung oder mit einem gesonderten Gesetz geschaffen werden. In diesem Verfahren wird auch die Entscheidung über die Trägerschaft für die Wertstofftonne erfolgen.

Hinweis: Dieser Weg dürfte noch genügend Zeit für eine angemessene Berücksichtigung der tatsächlichen Erfordernisse lassen.

2. Handlungsbedarf

Nach der grundlegenden Entscheidung zur Systemführerschaft wird bei der Neuordnung der Entsorgungsstrukturen eine entscheidende Rolle spielen, wie sich die konkreten Verhältnisse in dem jeweils betroffenen Entsorgungsgebiet darstellen. Verfügt der öffentlich-rechtliche Entsorger über geeignete Sammlungsstrukturen, die eine Erfassung aller Wertstoffe oder zumindest aller mit Verpackungen „stoffgleichen“ Wertstoffe leisten, dürfte diese Ausgangssituation auch die zukünftigen Verhältnisse entscheidend prägen. Hinzukommt, dass ab 2015 auch eine getrennte Erfassung und Sammlung von Papier, Metall, Kunststoff, Glas und außerdem Bioabfall erfolgen soll. Soweit der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger eine solche Erfassung nicht bereits heute gewährleisten kann, besteht ohnehin mittelfristig Handlungsbedarf.

Empfehlung: Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sollten zum einen bereits heute ihre Entsorgungsstrukturen im Hinblick auf die Neuerungen kritisch prüfen und ggf. die Einführung der Wertstofftonne forcieren. Zum anderen

ist zu beachten, dass auch die privaten Entsorger Strategien entwickeln werden, um sich auf die zukünftige Kompetenzverteilung im Bereich der Wertstoffsammlung vorzubereiten. Hier dürften gerade die in der Vergangenheit in Bezug auf ihre Zulässigkeit umstrittenen gewerblichen (Wertstoff-)Sammlungen eine Rolle spielen, die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nur unter bestimmten Voraussetzungen verhindern kann. Dabei spielt eine Rolle, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die Funktionsfähigkeit seiner Sammlungsstrukturen nachweisen kann. Möglichst weitreichend ausgestaltete Sammlungsstrukturen helfen somit auch in diesem Punkt.

3. Stoffbezogener Ansatz vs. Duales System

Der Handlungsrahmen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger wird in Bezug auf die Einführung der Wertstofftonne vor allem durch das Duale System geprägt, das

Das KrWG differenziert den Abfallbegriff bzw. die sog. Abfallhierarchie und stärkt vor allem das Recycling.

Verpackungsabfälle einem eigenen Entsorgungsregime unterstellt. Die nunmehr mit der Novelle des KrWG vorge-sehene Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie folgt einem stoffbezogenen Ansatz, d.h. kennt nur stofflich geprägte Fraktionen wie Kunststoffe, PPK usw. Die geplanten Änderungen des KrWG berühren aber das Duale System nicht, sodass der Handlungsrahmen zur Einführung der Wertstofftonne

- durch das Spannungsverhältnis der Zuweisung von Verpackungsabfällen an die privaten Systembetreiber nach der Verpackungsverordnung einerseits und
- den grundsätzlich dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassenden „nichtstoffgleichen“ Wertstoffen und stoffgleichen Nichtverpackungen andererseits geprägt wird.

Empfehlung: Der Kampf um die einheitliche Erfassung der Wertstoffe findet infolgedessen auf Augenhöhe statt. Im Vorteil dürfte der Akteur sein, dessen Sammlungsstrukturen und -logistik die höhere Gewähr für eine weitreichende Erfassung der Wertstoffe und eine wirtschaftliche Effizienz bieten.

4. Entscheidungsspielräume nutzen

Die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger haben bei der Gestaltung ihrer Entsorgungsstrukturen erhebliche Entscheidungsspielräume. Auch bei der Einführung der getrennten Sammlungen (u.a. von Bioabfall) gesteht der Gesetzgeber den Kommunen ausdrücklich einen solchen breiten Entscheidungsspielraum zur Ausgestaltung ein. Diese Spielräume sollten genutzt werden. Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger wird auch nach dem neuen KrWG umfassend verantwortlich sein für die Hausmüllentsorgung bzw. die privaten Haushalte – also dort, wo der Großteil der Wertstoffe anfällt.

Empfehlung: Kommunen sollten zügig das Heft des Handelns in die Hand nehmen und Konzepte zur Umsetzung einer einheitlichen Wertstofftonne prüfen. Soweit sie dem privaten Systembetreiber auf Augenhöhe begegnen, sollten sie durch geeignete Maßnahmen zumindest ihre Verhandlungsposition für den Fall einer Kooperation mit dem Systembetreiber stärken.

STEUERRECHT

Straßenbeleuchtung als Dauer-verlustgeschäft

Finanzgericht verneint verdeckte Gewinn-ausschüttung

Die nicht kostendeckende Übernahme der Dienstleistung „Straßenbeleuchtung“ stellt nach aktuell ergangener Rechtsprechung ein Dauerverlustgeschäft im Sinne des § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG dar. Bei kommunalen Unternehmen kommt es hiernach bei der Ausführung einer solchen Verlusttätigkeit nicht zum Ansatz einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA).

1. Sachverhalt: Übernahme der Straßenbeleuchtung durch einen kommunalen Versorger

In dem vom Sächsischen FG kürzlich entschiedenen Fall (Urteil vom 15.12.2010; Az.: 4 K 635/08) hatte ein kommunales Versorgungsunternehmen für die Stadt die hoheitliche Aufgabe der Durchführung der Straßenbeleuchtung übernommen. Das hierzu erforderliche Anlagevermögen hatte die Stadt als Mehrheitsgesellschafterin in die Kapitalrücklage des Unternehmens eingebracht. Im Rahmen einer Außenprüfung qualifizierte das Finanzamt die darauf entfallenden Abschreibungsbeträge und die Verluste aus dem Abgang von Straßenbeleuchtungsanlagen als vGA.

2. Entscheidung des FG: Keine vGA

Das FG kam zu dem Ergebnis, dass die vGA zu Unrecht angesetzt wurde. Zwar führe der Betrieb dauerdefizitärer Eigengesellschaften von Gebietskörperschaften gem. § 8 Abs. 7 KStG grundsätzlich zu vGA. Die Rechtsfolgen daraus seien aber im Streitfall deshalb nicht zu ziehen, weil eine wirtschaftliche Betätigung aus verkehrspolitischen Gründen ohne kostendeckendes Entgelt unterhalten werde und damit ein Dauerverlustgeschäft gem. § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG vorliege. Bei der Auslegung dieser Vorschrift und den darin genannten Gemeinwohlgründen sei groß-

züglich zu verfahren, um den Bedürfnissen der öffentlichen Hand bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben gerecht zu werden.

Hinweis: Die Regelungen des § 8 Abs. 7 KStG n. F. gelten gem. § 34 Abs. 6 Satz 4 KStG rückwirkend und damit auch für die Streitjahre 2000 - 2003.

3. Weitere Rechtsfolgen und offene Fragen

- **Kapitalertragsteuer:** Mindern bei kommunalen Gesellschaften, bei denen auch die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 7 KStG vorliegen, die Aufwendungen für Straßenbeleuchtung die Gewinne aus anderen Tätigkeitsbereichen, kommt es nach diesem Urteil grundsätzlich zu einer Einsparung von Kapitalertragsteuer für die Kommune.
- **Auslegung der verkehrspolitischen Gründe:** Fraglich ist, ob „verkehrspolitische Gründe“ begrifflich weiter zu fassen sind als „Betriebe, die dem öffentlichen Verkehr dienen“, im Sinne des § 4 Abs. 3 KStG, ob also eine Zusammenfassung mit Versorgungsbetrie-

ben auch mit körperschaft- und gewerbesteuerlicher Wirkung möglich ist.

- **Konzessionsabgaben für Stromdurchleitung:** Neben der Straßenbeleuchtung als Dauerverlustgeschäft befasst sich das Urteil auch mit Fragen der vGA bei Konzessionsabgaben für durchgeleiteten Strom.
- **Keine Beihilfe:** Es bestätigt zudem, dass die Regelung der Besteuerung kommunaler Eigengesellschaften durch § 8 Abs. 7 KStG keine neue Beihilfe im Sinne des Art 108 Abs. 3 AEUV darstellt, da lediglich die bisherige Verwaltungsauffassung rechtmäßig fixiert wurde.

Hinweis: Gegen das Urteil des FG Sachsen wurde Nichtzulassungsbeschwerde beim BFH eingelegt; sie ist dort unter dem Az.: I B 17/11 anhängig.

Steuerlicher Querverbund: Verlusttragungspflicht entsprechend der Beteiligungsquote?

Auslegungsfragen zum BMF-Schreiben vom 12.11.2009

Die Sonderregelung zum Ausschluss einer vGA bei Dauerverlustgeschäften ist nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG auch auf Kapitalgesellschaften anzuwenden, bei denen die Mehrheit der Stimmrechte unmittelbar oder mittelbar auf juristische Personen des öffentlichen Rechts (jPdÖR) entfällt, wenn diese Gesellschafter nachweislich ausschließlich die Verluste aus Dauerverlustgeschäften tragen. Neue Stellungnahmen der Finanzverwaltung konkretisieren, wann diese Voraussetzungen erfüllt sind.

In einer Verfügung vom 2.12.2010 hat die OFD Hannover – wie zuvor auch das Bayrische Landesamt für Steuern mit Verfügung vom 18.10.2010 – zur Auslegung der Randnr. 28 des BMF-Schreibens vom 12.11.2009 zum steuerlichen Querverbund Stellung genommen. Die Voraussetzung der Verlusttragung durch die jPdÖR ist nach den Verfügungen bei mehreren beteiligten jPdÖR erfüllt, wenn die mehrheitlich beteiligte jPdÖR oder eine Gruppe von jPdÖR, die die



Straßenbeleuchtung als Dauerverlustgeschäft

Mehrheit der Stimmrechte innehat, das Tatbestandsmerkmal der Verlusttragung (antellig) erfüllt. Ist eine Gruppe von jPdöR mehrheitsvermittelnd an der Eigengesellschaft beteiligt, müssen die jPdöR dieser Gruppe die Verluste nach Randnr. 28 des BMF-Schreibens vom 12.11.2009 entsprechend ihrer Beteiligungsquote tragen.

Ergebnis: Die quotenkongruente Verteilung der Verluste auf die öffentlich-rechtlichen Gesellschafter soll demnach nur für die mehrheitlich beteiligten gelten. Ausnahmsweise kann hiervon im Verkehrsbereich abgewichen werden, wenn auf die gefahrenen Jahreskilometer abgestellt wird. Für die Mehrzahl der Tracking-Stock-Strukturen in der Praxis kommt es hierdurch zur Entwarnung.

Für die Mehrzahl der Tracking-Stock-Strukturen kann Entwarnung gegeben werden.

Empfehlung: Zur Vermeidung von Steuerrisiken ist es für die betroffenen Unternehmen wichtig, die Umkehr der Steuerschuldnerschaft zu erkennen und entsprechend anzuwenden. Sie sollten daher ihre Leistungsbeziehungen auf das Vorliegen von Umsätzen nach § 13b Abs. 2 Nr. 7 UStG überprüfen.

2. Besteuerung tauschähnlicher Umsätze

Zum 1.1.2011 sind zur Besteuerung tauschähnlicher Umsätze bei der Überlassung werthaltiger Abfälle die Grundsätze aus dem BMF-Schreiben vom 1.12.2008

nun auch für vor dem 1.7.2009 abgeschlossene Verträge anzuwenden.

Nach der Auffassung des BMF liegt bei der Überlassung von Abfällen mit einem wirtschaftlichen Wert an einen Unternehmer, der mit der Entsorgung der Abfälle beauftragt wird, ein tauschähnlicher Umsatz gem. § 3 Abs. 12 Satz 2 UStG vor, wenn nach den übereinstimmenden Vorstellungen der Vertragspartner

- der überlassene Abfall die Höhe der Barvergütung für die Entsorgungsleistung bzw.
- die übernommene Entsorgung die Barvergütung für die Abfalllieferung

beeinflusst hat. Das bedeutet für die beteiligten Unternehmen, dass sowohl die sonstige Leistung „Entsorgung“ als auch die Lieferung der werthaltigen Abfälle mit Umsatzsteuer zu belegen sind. In der Vergangenheit wurde in der Praxis i. d. R. der Preis für die Entsorgung von dem Wert der Abfälle in Abzug gebracht und nur der verbleibende Wert besteuert.

Aus Vereinfachungsgründen soll es jedoch nur zur Anwendung eines tauschähnlichen Umsatzes kommen, wenn die Parteien ausdrücklich entsprechende Vereinbarungen getroffen haben oder die wechselseitige Beeinflussung offensichtlich ist. Wann letzteres gegeben ist, wird im BMF-Schreiben mit Beispielen erläutert.

Neue Umsatzsteuerregelungen für Entsorger

Steuerschuldnerschaft und tauschähnliche Umsätze bei Abfalllieferungen

Für Unternehmen der Abfallwirtschaft haben sich zum 1.1.2011 wichtige Änderungen bei der Umsatzsteuer ergeben. So wird die Umsatzsteuerschuld bei Lieferungen bestimmter Abfallstoffe ab dem 1.1.2011 gem. § 13b Abs. 2 Nr. 7 UStG auf den Leistungsempfänger übertragen. Zudem lief mit Ende 2010 für Altverträge die Übergangsfrist zur Besteuerung tauschähnlicher Umsätze bei der Überlassung werthaltiger Abfälle aus.

1. Leistungsempfänger als Steuerschuldner

Mit Wirkung zum 1.1.2011 wurde der Abs. 2 des § 13b UStG um weitere Fälle erweitert. So kommt es nach der neu eingeführten Nr. 7 ab 2011 jetzt auch bei der Lieferung bestimmter, in der Anlage 3 aufgeführter Abfälle (Industrieschrott, Altmetalle und sonstige Abfallstoffe) zum Übergang der Umsatzsteuerschuld auf den Leistungsempfänger. Zweck der Neuregelung ist die Vermeidung von Steuer ausfällen. Das BMF hat hierzu mit Datum vom 4.2.2011 ein umfangreiches Anwendungsschreiben erlassen.

Es enthält auch eine Bagatellgrenze: Übersteigt die entsorgte Menge nicht 25 kg je Umsatz und beträgt die Barvergütung hierfür maximal 50 €, ist das Vorliegen eines tauschähnlichen Umsatzes nicht zu prüfen.

Empfehlung: Betroffene Unternehmen sollten – sofern noch nicht geschehen – kurzfristig ihre Vertragsbeziehungen auf das Vorliegen eines tauschähnlichen Umsatzes im Sinne des BMF-Schreibens überprüfen. Liegt ein tauschähnlicher Umsatz vor, ist es zu empfehlen, Vereinbarungen zur Bemessungsgrundlage zu treffen, da die Wertermittlung sonst zu Schwierigkeiten führen könnte sowie mit Unsicherheiten verbunden ist.

Hinweis: Auch Unternehmen aus anderen Branchen können von den Änderungen betroffen sein. Die o.g. BMF-Schreiben vom 4.2.2011 und vom 1.12.2008 sind unter www.bundesfinanzministerium.de abrufbar. Wie so häufig, werden durch die Schreiben jedoch nicht alle Zweifelsfragen geklärt. Bei Umsetzungsproblemen unterstützen wir Sie gerne.

KAPITALMARKTRECHT

Zins-Swap-Verträge: Umfassende Auskunftspflicht der Bank

Schadensersatz für NPO aufgrund aktueller BGH-Entscheidung

Die Deutsche Bank ist höchstrichterlich zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt worden, weil sie einen Kunden nicht ordnungsgemäß über die Risiken eines hochkomplexen Anlageprodukts aufgeklärt hat. Es handelt sich um die Entscheidung des BGH vom 22.3.2011 (Az.: XI ZR 33/10) – im Streitfall waren sog. CMS Spread-Ladder-Swap-Verträge abgeschlossen worden.

1. Zum Umfang der Aufklärungspflichten

Auch öffentliche Unternehmen haben in der Vergangenheit auf Vorschlag der Banken derartige hochriskante Zins-Swap-Verträge abgeschlossen und dabei zum Teil erheb-

liche Verluste erlitten. Für geschädigte öffentliche Unternehmen und ihre verantwortlichen Entscheidungsträger lassen sich folgende allgemeine Aussagen treffen:

Der BGH hat klargestellt, dass die Bank bei derartigen Geschäften zu einer für die spezifischen Anleger angemessenen Beratung des Kunden verpflichtet ist. Sie kann sich z. B. nicht darauf zurückziehen, dass auf Seiten des Kunden – wie im Urteilsfall – eine Diplom-Volkswirtin an den Verhandlungen beteiligt war. Die berufliche Qualifikation der Mitarbeiterin lässt es – so der BGH – nicht zu, dass die Bank spezielle Kenntnisse über die Risiken des Geschäfts voraussetzen kann.

Eine ähnliche Argumentation dürfte bei vielen öffentlichen Unternehmen hilfreich sein, da auch hier kaum spezielle Kenntnisse auf dem Gebiet der Zins-Swap-Geschäfte anzutreffen sein werden.

Ebenfalls unzulässig ist es nach Ansicht des BGH, aus etwa gegebenen Vorkenntnissen ohne Weiteres auf eine vorhandene Risikobereitschaft zu schließen.

Bei derart komplexen Anlageprodukten, die einer Zinswette gleichkommen, muss die Bank so aufklären, dass der Kunde im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die Bank selbst. Nur dann ist er in der Lage, Risiken und Gefahren realistisch einzuschätzen und eigenverantwortlich zu entscheiden. Den genauen Grad dieser Aufklärung hat das Gericht jedoch offen gelassen.

2. Bankseitige Pflichtverletzungen

Im Urteil ergab sich die Pflichtverletzung der Bank schon aus dem besonderen Umstand, dass sie nicht deutlich genug auf einen von ihr bewusst strukturierten negativen Marktwert des vom Kunden abzuschließenden Vertrags hingewiesen hat.

Hierdurch stand die Bank in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt, den sie nur durch vollständige Aufklärung über diese Umstände hätte auflösen können. Das Unterlassen dieser gebotenen Aufklärung hat im Urteilsfall die Schadensersatzpflicht begründet.

3. Produktempfehlungen erfordern Aufklärung über Risikostrukturen

Zu einer Aufklärungspflicht führt nach dem Urteil schon die Besonderheit des konkret empfohlenen Produkts, dessen Risikostruktur die Bank bewusst zu Lasten des Kunden gestaltet hat, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss das Risiko „verkaufen“ zu können, das der Kunde aufgrund ihrer Beratungsleistung übernommen hat.

Dies habe der Kunde gerade nicht erkennen können. Dass die Chancenverschiebung in den Konditionen des Swap-Vertrags „offen lag“, ändert hieran nichts. Die Festlegung der einzelnen Strukturelemente des Swaps setzt eine mehr oder weniger komplizierte finanzmathematische Berechnung voraus, zu der normalerweise nur die Bank und nicht auch der Kunde in der Lage ist.

4. Übertragbarkeit auf andere Swap-Geschäfte

Das Urteil befasst sich ausdrücklich nur mit dem CMS Spread-Ladder-Swap. Seine Grundsätze dürften allerdings voraussichtlich auch auf ähnlich strukturierte Risikoanlagen wie z. B. den „strukturierten EUR-Zinssatzswap mit Koppelung an den Deutsche Bank Balanced Currency Harvest (EUR) Index“ oder den sog. LSM Swap (Long Short Momentum) anwendbar sein. Nicht erfasst sein dürften demgegenüber nach unserer ersten Einschätzung die „klassischen“ Zins-Swaps im Zusammenhang mit Darlehensvergaben, die im Wesentlichen nur dazu dienen, ein Zinsänderungsrisiko aufzufangen. Auch in diesem Bereich ist es in den letzten Jahren wegen der dramatischen Änderung des zumeist als Referenzzinssatz zugrunde gelegten Euribor zu erheblichen Zinsnachteilen bei den Bankkunden gekommen.

5. Fazit

Aus der richtungsweisenden BGH-Entscheidung vom 22.3.2011 lassen sich zusammenfassend die folgenden Schlussfolgerungen ableiten:

Die Urteilsgrundsätze dürften auf ähnlich strukturierte Risikoanlagen ebenfalls anwendbar sein.

(1) Die Bank kann nicht von einer vorhandenen Risikobereitschaft des Kunden ausgehen, sie muss dessen Bereitschaft konkret abfragen.

(2) Auch wenn eine Diplom-Volkswirtin auf Seiten des Kunden agiert, kann die Bank nicht aufgrund der bei ihr etwa vor-

handenen Vorkenntnisse eine solche Risikobereitschaft voraussetzen.

(3) Bei bewusst zu Lasten des Kunden gestalteten Anlageprodukten trifft die Bank eine besondere Aufklärungspflicht. Das Vertrauen auf die allgemein vorauszusetzende Erkenntnis, dass die Bank mit dem Geschäft „verdienen“ wolle, reicht in diesem Fall nicht aus.

(4) Dem Urteil lag ein sog. Spread-Ladder-Swap zugrunde, voraussichtlich sind die Grundsätze des Urteils für ähnlich strukturierte Risikoanlagen aber ebenfalls anwendbar.

KURZ NOTIERT

Gebührenabrechnung durch Private zulässig?

Die Frage, ob für die Einschaltung von privaten Unternehmen wie z.B. Stadtwerken in die Gebührenerhebung eine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht, hat das Oberverwaltungsgericht Münster (OVG NW) mit Beschluss vom 15.4.2011 (Az.: 9 A 2260/09) zur Berufung zugelassen.

Als Vorinstanz hatte das Verwaltungsgericht (VG) Aachen mit Urteil vom 10.7.2009 (Az.: 7 K 975/06) die Auffassung vertreten, dass im Bereich der kommunalen Aufgabenverwaltung Gebührenbescheide durch andere Träger öffentlicher Verwaltung oder sogar durch private Dritte als unselbstständige Verwaltungshelfer (EDV-mäßig) ausgefertigt und versandt werden können. Die in vielen Kommunen übliche Praxis, dass Gebühren gemeinsam mit anderen Versorgungsentgelten abgerechnet werden, war daher nicht beanstandet worden.

Das OVG hat nunmehr die streitige Festsetzung im Abwassergebührenbescheid jedenfalls deswegen als rechtlich problematisch angesehen, weil der Erlass eines Abgabenbescheids durch eine Person des Privatrechts – sei es im eigenen Namen als Beliehener oder im fremden Namen im Rahmen eines Mandats – nur auf der Grundlage eines Gesetzes im formellen Sinne und nicht allein kraft einer Regelung in einer kommunalen Satzung zulässig sein dürfte.

Das OVG setzt damit eine Tendenz in der Rechtsprechung der Bundesländer fort, die die übermäßige Einschaltung von Privaten in hoheitliche Aufgaben kritisch sieht. Zumindest die Kritik des OVG Münster könnte der Landesgesetzgeber durch klare gesetzliche Regelungen im Kommunalabgabenrecht ausräumen, sollte eine entsprechende gesetzgeberische Absicht bestehen.

Empfehlung: Die Entscheidung des OVG in der Hauptsache bleibt zwar abzuwarten. Die EVU und die Kommunen sollten aber bereits heute prüfen, wie mit einer negativen Entscheidung des OVG umgegangen werden soll. Denn ggf. könnte die Gebührenerhebung gemeinsam mit

der Abrechnung der privaten Entgelte zukünftig rechtswidrig sein.

IDW zum neuen Wälzungsmechanismus gem. EEG

Der Hauptfachausschuss (HFA) des IDW hat am 11.3.2011 den neugefassten IDW Prüfungsstandard: Prüfungen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (IDW PS 970) verabschiedet. Eine Überarbeitung der vorigen Fassung aus 2009 wurde aufgrund der Änderung des sog. Wälzungsmechanismus gem. dem EEG und der VO zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechVO) erforderlich.

Da Elektrizitätsversorgungsunternehmen sich immer häufiger auf die Lieferung von „Grünstrom“ spezialisieren, enthält IDW PS 970 jetzt Ausführungen zur freiwilligen Prüfung von Angaben zu Strommengen i.S. der §§ 23-33 EEG i.V. mit § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG (zu einer ausführlichen Erläuterung des neuen Wälzungsmechanismus vgl. den Beitrag in der Ausgabe 1/2011 der PKF Themen ÖS).

Impressum

PKF Deutschland GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

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

www.pkf.de

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

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