

PKF themen

Vergaberecht vor grund- sätzlicher Neuordnung

Optimierungspotenziale nutzen und rechtliche Anforderungen meistern

» EDITORIAL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

die Vergabe öffentlicher Aufträge soll in naher Zukunft auf neue rechtliche Grundlagen gestellt werden und steht daher im Mittelpunkt dieses Themenhefts. Beispielsweise werden Kommunen zu einem elektronisch gestützten Verfahren (kurz: eVergabe) verpflichtet. Dass das aber neben der zwingenden Umsetzung neuer Vorgaben auch Chancen mit sich bringt, den Beschaffungsprozess insgesamt wirtschaftlicher zu gestalten, ist Gegenstand unseres Brennpunkt-Beitrags. Dort erläutern wir – vor dem Hintergrund bereits vorliegender praktischer Erfahrungen im Rahmen der Neuorganisation der Beschaffung – auch, wie es über elektronische Workflows gelingen kann, positive Beiträge zur Risikominimierung zu leisten: Somit lassen sich auch Compliance-Grundsätze in der Verwaltung besser verankern!

Die bevorstehende Neuordnung des Vergaberechts insgesamt ist Gegenstand des ab S. 11 folgenden Beitrags. Wir berichten dort über wesentliche Inhalte des Entwurfs eines Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes, der kürzlich seitens des BMWi vorgelegt wurde. Besonders im Fokus stehen hierbei die verschiedenen Formen öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit. Die Änderungen sind so fundamental, dass das Kartellvergaberecht des GWB in weiten Bereichen völlig neu gelernt werden muss – und dies in kurzer Zeit, denn schon im Frühjahr 2016 wird die Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinien in deutsches Recht abgeschlossen sein müssen.

Weitere Beiträge mit vergaberechtlichen Bezügen schließen sich auf den S. 13 und 18 sowie speziell für die Verkehrswirtschaft auf S. 23 an.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihr Team von PKF

» INHALT

In dieser Ausgabe lesen Sie:

» BRENNPUNKT

- » Optimierungspotenziale im Rahmen der Vergabe und Beschaffung S. 3

» STEUERRECHT

- » Rückwirkung im Rahmen eines Ergebnisabführungsvertrags S. 5
- » Rabatte im Bereich des Lohnsteuerrechts S. 6
- » Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Umsatzsteuer S. 8

» STEUERSTRAFRECHT

- » Strafbefreiende Selbstanzeige ab 1.1.2015 S. 9

» VERGABERECHT

- » Entwurf zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in nationales Recht liegt vor S. 11

» ZUWENDUNGS- UND VERGABERECHT

- » Rückforderung von Zuwendungen wegen Verstößen gegen das Vergaberecht S. 13

» VERSORGUNGSWIRTSCHAFT

- » Erstmals Preiswettbewerb im EEG S. 15
- » Kostenersatz bei Zahlungsverzug S. 16
- » Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG weiter in der Diskussion S. 18

» VERKEHRSWIRTSCHAFT

- » Direktvergaben im Lichte der neuen EU-Vergaberichtlinien S. 23
- » Optimierungsansätze im ÖPNV auf Angebots- und Nachfrageseite S. 26

» KURZ NOTIERT

- » Zuständigkeitsfragen in Fällen des „Sanierungsgewinns“ S. 27

» BRENNPUNKT

Optimierungspotenziale im Rahmen der Vergabe und Beschaffung

Die Pflicht zur Einführung der eVergabe bringt neue Anforderungen mit sich. Sie bietet aber auch die Chance, den Beschaffungsprozess in der Kommune wirtschaftlicher zu gestalten – und dies sogar unter Beachtung von zunehmenden Compliance-Erfordernissen.

Wie sich aus der Umsetzung neuer Anforderungen Effizienzvorteile realisieren lassen

1. Neue Anforderungen an die Vergabe

1.1 Zeitplan für die eVergabe

Die Einführung der elektronischen Vergabe hat durch die EU-Richtlinie 2014/24 eine wesentliche Beschleunigung erfahren. Selbst wenn die Bundesregierung – wie angekündigt – von den möglichen Verlängerungen Gebrauch macht, sind die Fristen zur Umsetzung knapp. Bereits ab dem 18.4.2016 ist die elektronische Bereitstellung von Vergabeunterlagen für alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte zwingend. Dieser Termin ist national nicht verlängerbar. Bei Ausschöpfung der national festzulegenden Umsetzungsspielräume sind spätestens ab Oktober 2018 wesentliche Verfahrensschritte, insbesondere die Angebotsabgabe, in elektronischer Form auszugestalten. Andere Teile des Vergabeprozesses wie die Wertung, die Zuschlagserteilung und die Dokumentation sind von den Vorgaben der EU-Richtlinie nicht direkt betroffen.

1.2 Vielschichtige Aufgaben

Gleichwohl sind die Aufgaben vielschichtig. Die Einführung der sog. einheitlichen elektronischen Eigenerklärung bedingt etwa Änderungen der Gestaltung von Vergabeunterlagen einschließlich deren elektronischer Übermittlung. Die Pflicht zur ausschließlich elektronischen Angebotsabgabe bei EU-Vergaben erfordert zwingend

- nicht nur den technisch reibungslosen und rechtssicheren Umgang mit allen zugelassenen Signaturverfahren,

- sondern ebenso die Gewährleistung leistungsfähiger (behörden-)interner wie (behörden-)externer Kommunikationsstrukturen, denn
- die elektronische Kommunikation muss ausfallsicher und rechtssicher gestaltet werden.

Die Umsetzung dieser zwingenden Vorgaben steht für alle Verwaltungen und öffentlichen Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts an. Arbeitsplätze, Software und vor allem die Mitarbeiter selbst müssen für die neuen Verfahren gerüstet werden.

1.3 Elektronische Abbildung des gesamten Beschaffungsprozesses

Dies bietet allerdings auch die Chance, durch Integration auch der Schritte, die nicht zwingend elektronisch zu gestalten sind, das Verfahren insgesamt elektronisch abzubilden und hierdurch wesentliche Vorteile zu generieren. Dies umfasst den gesamten, ganzheitlich aufzufassenden Beschaffungsprozess von der Bedarfsplanung und Bedarfsermittlung über die Zusammenfassung gleichartiger Einkaufs- und Bestellprozesse verschiedenster Teileinheiten bis hin zur Integration von Anforderungen wie Rechtssicherheit der Vergabe und Auftragsabwicklung in einen einheitlichen Beschaffungsprozess.

Realisierbar wären damit auch eine weitgehend elektronisch abzuwickelnde Eignungsprüfung und eine ebensolche Wertung der Angebote. Die elektronisch gewährlei-

stete Abbildung der einzelnen Prozessschritte erleichtert zudem die bisher weitgehend zusätzlich zu erstellende Vergabedokumentation und sichert die Nachprüfbarkeit.

1.4 Realisierbare Vorteile

Die Modernisierung hilft, den Verwaltungsaufwand zu verringern, eine medienbruchfreie Bearbeitung wird möglich, Bearbeitungszeiten verkürzen sich, Postwege entfallen. Gleichzeitig erhöht die elektronische Aufzeichnung die Prozesssicherheit, nachträgliche Manipulationen sind technisch nicht mehr möglich.

» **Hinweis:** Behörden und andere öffentliche Auftraggeber, die die eVergabe bereits praktizieren, verzeichnen eine signifikante Reduzierung der Rechtsstreitigkeiten bei Vergabeverfahren.

Schließlich generiert die elektronische Prozessabwicklung eine Datenbasis, die elektronisch archivierbar ist und zudem für die zukünftige Beschaffung wertvolle Planungsgrundlagen liefert.

» **Empfehlung:** Weiterführend ist auf der so geschaffenen Basis eine vollständig elektronische Vertragsabwicklung umsetzbar, die die elektronische Rechnungsstellung und Buchführung ebenso einschließt wie ein Vertragsmanagement samt Controlling.

2. Ansatzpunkte zur Optimierung der Beschaffungsorganisation

Es gibt mittlerweile eine Reihe von Praxisbeispielen vor allem in der kommunalen Welt, die sich mit der Neuorganisation der Beschaffung beschäftigen. Dabei geht es überwiegend um eine Zentralisierung der Prozesse, denn gerade bei den Verwaltungen als klassischen öffentlichen Auftraggebern ist eine – oftmals historisch gewachsene – dezentrale Beschaffungsorganisation verbreitet. So bestehen in der Praxis aus Sicht der Bedarfsstellen in den verschiedenen Ämtern häufig Vorbehalte gegen Veränderungen in der Beschaffung aufgrund der Sorge

- ... vor verlängerten Abläufen,
- ... wegen der vergaberechtlichen Anforderungen an die Beschreibung der Leistung und
- ... um befürchtete zentrale Einflussnahmen auf Art und Ausführung der benötigten Bedarfe – frei nach dem

Motto: „Jemand anderes bestimmt über das, was ich für meine Fachaufgabe benötige.“

Durch die Streuung der Einkaufsaktivitäten innerhalb der Verwaltung ist jedoch eine Vielzahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit – oft ähnlichen – Vergaben und Beschaffungen befasst. Im Vergleich mit dem oft nur geringen Stellenanteil dieser Tätigkeiten müssen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unverhältnismäßig viel Zeit und Aufwand investieren, um die aktuellen Entwicklungen des Vergaberechts zu verfolgen und die Anforderungen an die Rechtssicherheit der Vergaben zu erfüllen. Die Beschaffungen erfolgen häufig unabhängig voneinander z. T. für gleiche Bedarfe und dies mitunter bei demselben Lieferanten.

3. Compliance-Anforderungen in der Beschaffung

Der Begriff „Compliance“ stammt aus privatwirtschaftlichem Zusammenhang: Er bedeutet Regeltreue (auch Regelkonformität) in der betriebswirtschaftlichen Fachsprache und steht für die Einhaltung von Gesetzen, Richtlinien sowie auch von freiwilligen Kodizes in Unternehmen. Die Gesamtheit der Grundsätze und Maßnahmen eines Unternehmens zur Einhaltung bestimmter Regeln und damit zur Vermeidung von Regelverstößen wird als Compliance-Management-System (CMS) bezeichnet. Hierbei einzuhaltende Grundsätze sind vom Institut der Wirtschaftsprüfer in dem Prüfungsstandard 980 niedergelegt.

In Kommunen haben Compliance-Grundsätze über die Beteiligungsunternehmen bereits vielerorts Einzug gehalten. Für die Kernverwaltung gelten die Grundsätze ordnungsgemäßen Verwaltungshandelns, die von Kommunen ohnehin anzuwenden und den Compliance-Grundsätzen von ihrer Intention her vergleichbar sind.

In der kommunalen Beschaffung sind zwei Risiken von besonderer Bedeutung:

- Verstöße gegen das Vergaberecht als Fehlverhalten der Kommune („Corporate Misconduct“) und
- das Korruptionsrisiko, das einzelne Mitarbeiter betreffen kann („Individual Misconduct“).

Durch die Gestaltung des elektronischen Workflows kann ein positiver Beitrag zur Risikominimierung erreicht

werden. In diesem Zusammenhang sind von Bedeutung,

- die IT-Berechtigungsprofile,
- das Freigabeverfahren (zur Gewährleistung der Funktionstrennung),
- die Standardisierung der Dokumentation (zur Sicherstellung der Revisionsfähigkeit) und
- die Sicherstellung des Vier-Augen-Prinzips durch elektronische Kontroll- und Freigaberoutinen.

» **Empfehlung:** Vor diesem Hintergrund sollten die Risiken in den derzeitigen Prozessen analysiert und bei der Neugestaltung der Pro-

zesse angemessen berücksichtigt werden. Dabei sollte die Stabilität der Abläufe und Strukturen gegen Verhaltensrisiken durch die Schaffung transparenter und effizienter Abläufe sowie wirksamer Kontrollen im Vordergrund stehen.

4. Zusammenfassende Empfehlung

Die neuen Anforderungen in der Vergabe sollten Anlass sein, die Beschaffungsprozesse insgesamt unter Berücksichtigung der Compliance-Anforderungen auf den Prüfstand zu stellen. Dazu gehört auch die Prüfung einer (möglichst weitgehenden) Zentralisierung der Beschaffung und Standardisierung der Bedarfe.

» STEUERRECHT

Rückwirkung im Rahmen eines Ergebnisabführungsvertrags

Fünfstufige Mindestlaufzeit bei Neugründungen wie anwenden?

Die steuerliche Anerkennung eines Ergebnisabführungsvertrags ist davon abhängig, dass dieser auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen und während seiner gesamten Geltungsdauer durchgeführt wird. Streitig ist derzeit die Frage, ob die fünfjährige Mindestdauer auch dann erfüllt ist, wenn eine der Vertragsparteien zivilrechtlich erst innerhalb dieser Mindestlaufzeit durch Gründung entsteht.

1. Mindestlaufzeit als Gegenstand der Rechtsprechung

Ergänzend zu der Anforderung der tatsächlichen Durchführung von Ergebnisabführungsverträgen hatte der BFH mit Urteil vom 12.1.2011 (Az.: I R 3/10, BStBl II S. 727) die mehrjährige Diskussion über die bis dahin unterschiedlich von Finanzgerichten ausgelegte Begrifflichkeit in § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 KStG beendet. Er entschied, dass sich die

fünfstufige Mindestlaufzeit des Ergebnisabführungsvertrags bei der Körperschaftsteuerlichen Organschaft auf Zeitjahre bezieht und nicht nach Wirtschaftsjahren bemisst.

Streitig, da noch nicht höchstgerichtlich geklärt, ist derzeit die Frage, ob die fünfjährige Mindestdauer für einen steuerlich anzuerkennenden Ergebnisabführungsvertrag auch dann erfüllt ist, wenn eine der Vertragsparteien zivilrechtlich erst innerhalb dieser Mindestlaufzeit durch Gründung entsteht. Nach Ansicht des FG Düsseldorf im Urteil vom 3.3.2015 (6 K 4332/12 K, F) stellt die Mindestdauer ein auf tatsächliche Umstände abzustellendes Tatbestandsmerkmal dar, das einer fiktiven Rückwirkung nicht zugänglich ist. Dies führt in der Konsequenz lt. FG-Entscheidung dazu, dass ein Ergebnisabführungsvertrag steuerlich nicht anerkannt wird, wenn er unter Einbeziehung der Rückwirkungsfiction in § 2 Abs. 1 UmwStG auf eine Mindestlaufzeit von mindestens fünf Zeitjahren kommt.

2. Praxisfall

Dem Streitfall lag nachfolgender Sachverhalt zugrunde: Mit Vertrag vom 9.8.2005 erwarb die A-GmbH sämtliche Anteile an der am 9.2.2015 als Vorratsgesellschaft gegründeten B-GmbH. Im Nachgang wurden Teile des Vermögens der A-GmbH rückwirkend im Wege der Umwandlung durch Ausgliederung zum 1.1.2005 auf die B-GmbH übertragen. Zum selben Zeitpunkt wurde zwischen der A-GmbH und der B-GmbH ein Ergebnisabführungsvertrag geschlossen, welcher ab dem 1.1.2005 gelten sollte und eine Kündigungsmöglichkeit erstmals zum 31.12.2009 vorsah.

Anlässlich einer nachfolgenden Betriebsprüfung der Finanzverwaltung bei der B-GmbH wurden die bisherigen Ergebnisabführungen als verdeckte Gewinnausschüttung eingestuft, da die fünfjährige Mindestvertragslaufzeit nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG nicht erfüllt gewesen

sei. Die hiergegen erhobene Klage wurde vom FG Düsseldorf abgewiesen, da die Organgesellschaft erst mit Vertrag vom 9.2.2005 gegründet worden sei und somit die fünfjährige Mindestlaufzeit des Ergebnisabführungsvertrags nicht erfüllt sei.

3. Vorsicht bei Neuabschlüssen

Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten, jedenfalls ist im Rahmen des Abschlusses von Ergebnisabführungsverträgen auf eine neutrale Formulierung hinsichtlich der erstmaligen Kündigungsmöglichkeit und des Endes der Mindestlaufzeit zu achten, sofern erst unter Einbeziehung der Rückwirkungsfiktion die geforderte Mindestlaufzeit erreicht werden sollte.

» **Hinweis:** Über den Ausgang der zwischenzeitlich beim BFH anhängigen Revisionsverfahrens (Az.: I R 19/15) werden wir berichten.

Rabatte im Bereich des Lohnsteuerrechts

Aktuelle Änderungen der Verwaltungsmeinung auf der Grundlage neuer BFH-Rechtsprechung

Der Bereich Löhne und Gehälter ist in vielen Unternehmen nach den Umsatzerlösen einer der größten Posten in der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV). Vergütungssysteme, Kundenbindungsprogramme und Rabattgewährungen von Lieferanten und Zulieferbetrieben kommen in der Praxis immer häufiger vor und nehmen an Komplexität zu. Entsprechend differenziert stellen sich dann auch die Besteuerungsfragen.

1. Zuwendungen im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses

Zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit gehören nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

ESTG neben den klassischen Löhnen und Gehältern auch andere Vorteile und Zuwendungen, die im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden. Nach der bisherigen Rechtsprechung und Verwaltungsmeinung gelten derartige Zuwendungen (z.B. Geschenke und Rabatte) als Arbeitslohn, wenn diese aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses veranlasst sind und eine Gegenleistung des Arbeitnehmers nicht vorliegt.

So gehören gem. BMF-Schreiben vom 27.9.1993 Preisvorteile zum Arbeitslohn, wenn der Arbeitgeber an der Verschaffung mitgewirkt hat. Dieses BMF-Schreiben ist aber aufgrund verschiedener neuerer BFH-Urteile überholt, sodass mit Datum vom 20.1.2015 eine an die neue Rechtsprechung

Geschenke
und Rabatte als
Arbeitslohn?



Geschenke und Preisvorteile im Lohnbüro: Vielfältige Abgrenzungsfragen

angepasste Verwaltungsmeinung veröffentlicht worden ist.

2. Neue Auffassung der Finanzverwaltung

Mit dem neuen BMF-Schreiben vom 20.1.2015 werden insbesondere die Fälle abgegrenzt, in denen bei der Verschaffung von Preisvorteilen von einer aktiven Mitwirkung des Arbeitgebers auszugehen ist. Hiervon geht das BMF aus, wenn aus dem Handeln des Arbeitgebers ein Anspruch des Arbeitnehmers auf den Preisvorteil entstanden ist oder wenn der Arbeitgeber für einen Dritten Verpflichtungen übernommen hat.

Aktive Mitwirkung: Ja ...

Einer aktiven Mitwirkung werden ferner die folgenden Fälle gleichgestellt:

(1) Zwischen dem Arbeitgeber und einem Dritten besteht eine **enge Verflechtung** bzw. Beziehung. Hierunter fallen insbesondere Unternehmensgruppen und Konzernstrukturen.

(2) Es liegen **wechselseitige Beziehungen** im Rahmen der Gewährung von Preisvorteilen für die Arbeitnehmer von verschiedenen Unternehmen vor.

... bzw. Nein

Demgegenüber ist eine Mitwirkung des Arbeitgebers an der Verschaffung von Preisvorteilen und Rabatten in den nachfolgenden Fällen nicht gegeben:

- Bekanntmachung von Angeboten Dritter, z. B. Aushang am „Schwarzen Brett“,
- Hinweise, Angebote Dritter an die eigenen Arbeitnehmer zu dulden,
- Bereitschaft, die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers zu bescheinigen oder Räumlichkeiten für Treffen und Präsentationen mit den Ansprechpartnern der Dritten zur Verfügung zu stellen.

Eine mögliche Verbindung bzw. Beschaffung der Rabatte und Vorteile durch den Betriebs- oder Personalrat gehört nach wie vor nicht zum Arbeitslohn.

» **Hinweis:** Sofern hierzu noch weitere Fragen bestehen oder Unterstützung bei der Entwicklung von Vergütungssystemen und der Optimierung von Lohn- und Personalkosten gewünscht ist, stehen Ihnen die Lohnsteuerexperten von PKF gerne für vertiefende Gespräche zur Verfügung.

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Umsatzsteuer

In den vergangenen Jahren waren die Themenkomplexe „umsatzsteuerliche Organschaft“ und „Vorsteuerabzug einer Holdinggesellschaft“ regelmäßig Streitthemen in Betriebsprüfungen oder Beanstandungen der Finanzverwaltung. Der Bundesfinanzhof hat hierzu mit Beschluss vom 11.12.2013 (Az.: XI R 17/11, EuGH C-108/14) dem Europäischen Gerichtshof verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

1. Rechtsformneutralität bei der Organgesellschaft

Eine Organgesellschaft kann nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG nicht gleichzeitig in Unternehmen verschiedener Organträger eingegliedert sein. Nach nationalem Verständnis ist davon auszugehen, dass nur

- ... Unternehmer Bestandteil einer umsatzsteuerlichen Organschaft sein können. Dies bedingt, dass reine Finanzholdings nicht in umsatzsteuerliche Organschaften mit eingebunden werden dürfen (Finanzholdings sind Gesellschaften, deren Tätigkeit auf das Halten und Verwalten von Beteiligungen an anderen Gesellschaften beschränkt ist; somit finden operative Tätigkeiten nicht statt);
- ... juristische Personen als Organgesellschaften – sofern sie die Voraussetzungen einer finanziellen, organisatorischen und wirtschaftlichen Eingliederung erfüllen – umsatzsteuerlich in Betracht kommen.

Das unionsrechtliche Verständnis und die dem folgende EuGH-Rechtsprechung basieren auf einer anderen, zugleich aber auch deutlich einfacheren Betrachtung. Gem. Art. 11 der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (MwStSystRL) bzw. gem. der entsprechenden Vorgängerregelung (Art. 4 Abs. 4 der 6. Richtlinie 77/388/EG) wird jedem EU-Mitgliedstaat die Möglichkeit eingeräumt,

- in seinem Gebiet ansässige „Personen“,
- die rechtlich zwar unabhängig, allerdings durch gegenseitige finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Beziehungen eng miteinander verbunden sind,
- zu „einem“ Steuerpflichtigen (Unternehmer) zusammenzufassen,

um dadurch eine sog. Mehrwertsteuergruppe (MwSt-Gruppe) zu bilden. Eine Begrenzung der „Personen“ auf bestimmte Rechtsformen ist im EU-Recht nicht vorgesehen.

2. Prüfstand der Finanzrechtsprechung

Inzwischen stehen die nationale Auslegung und damit der faktische Anwendungsumfang einer umsatzsteuerlichen Organschaft auf dem Prüfstand der Finanzrechtsprechung. Der BFH hat mit Beschluss vom 11.12.2013 (Az. des BFH: XI R 17/11) das bei ihm anhängige Revisionsverfahren ausgesetzt und dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (Az. des EuGH: C-108/14). Eine dieser Vorlagefragen bezieht sich auf die Regelung zur Organschaft.

Bei einer Organschaft ist eine Organgesellschaft in das Unternehmen eines Organträgers eingegliedert. In den Streitfällen begehren die Holdings jeweils hilfsweise eine solche Eingliederung der Tochter-Personengesellschaften in ihr Unternehmen, um die Vorsteuerbeträge in voller Höhe abziehen zu können. Nach nationalem Recht ist dies jedoch nicht möglich, da nur juristische Personen Organgesellschaften sein können. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der unionsrechtliche Grundsatz der Neutralität zur Folge hat, dass entgegen der nationalen Regelung auch Personengesellschaften Organgesellschaften sein können.

3. Wie wird der EuGH entscheiden?

Den Einschätzungen im Fachschrifttum folgend würde es kaum überraschen, wenn der EuGH die Beschränkung des § 2 Abs. 2 UStG auf juristische Personen als Organ verwerfen würde: Schon die Generalanwältin des EuGH kommt in dem anhängigen Verfahren C-108/14 in ihren Schlussanträgen zu der Auffassung, dass der Ausschluss von Personengesellschaften als Organgesellschaften grundsätzlich nicht von der MwStSystRL gedeckt sei.

Auch wenn die Schlussanträge der Generalanwältin nicht für den EuGH bindend sind, so folgt er doch in der Mehrzahl der Verfahren dieser Rechtsposition. Das Urteil des EuGH bleibt nun abzuwarten.



Auch kleinere Beträge können Ungemach auslösen

» STEUERSTRAFRECHT

Strafbefreiende Selbstanzeige ab 1.1.2015

Neuregelung mit Verschärfungen, aber auch Entlastungen

Am 1.1.2015 ist § 371 AO n.F. in Kraft getreten. Neben zusätzlichen Verschärfungen bringen die Änderungen aber auch Entlastungen im Bereich der strafbefreienden Selbstanzeige mit sich, dies insbesondere für Unternehmer.

1. Staffelung des Strafzuschlags

Nach der bisherigen Gesetzeslage ist die Steuerhinterziehung bei einer Selbstanzeige vollständig strafrei geblieben, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 € nicht überschritten hat. Diese Grenze wurde mit der Neuregelung verschärft und auf 25.000 € herabgesetzt (§ 371 Abs. 2 Nr. 3 AO).

Jede Überschreitung entfaltet ebenso wie ein Fall der schweren Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2-5 AO eine Sperrwirkung, d.h. nur bei zusätzlicher Zahlung eines gestaffelten Strafzuschlags kann je nach

Höhe des hinterzogenen Betrags noch eine strafbefreiende Selbstanzeige erwirkt werden. Der bisher konstante Satz von 5 % wurde auf

- 10 % für hinterzogene Beträge ab 25.000 €,
- 15 % ab 100.000 € und
- 20 % Strafzuschlag für einen Hinterziehungsbetrag ab 1 Mio. € angehoben (§ 398a Abs. 1 Nr. 2 AO).

Die vollständige Strafbefreiung setzt voraus, dass die hinterzogenen Steuern und Hinterziehungszinsen (§ 235 AO) sowie ggf. Nachzahlungszinsen (§ 233a AO) fristgerecht nachgezahlt werden.

2. Vollständigkeitsgebot und Verlängerung der Festsetzungsverjährung

Eine Selbstanzeige ist nur dann wirksam, wenn sämtliche Besteuerungsgrundlagen vollständig nacherklärt worden sind. Die Verjährungsfrist wurde auf eine Mindestfrist von zehn Jahren verlängert.

Bei Anmelde-
steuern wurde
erfreulicherweise
entschärft.

» **Hinweis:** Mithin setzt eine Steuerstraffreiheit die Offenlegung sämtlicher steuerrelevanter Daten voraus, die strafrechtlich noch nicht verjährt sind, mindestens müssen jedoch die Steuerstraftaten der letzten zehn Kalenderjahre angezeigt werden.

3. Zeitpunkt der Selbstanzeige

Steuerstraffreiheit tritt nur ein, wenn die Tat im Zeitpunkt der Selbstanzeige noch unentdeckt ist. Hierzu gehört auch, dass hinsichtlich der anzuzeigenden Besteuerungstatbestände noch kein Steuerstrafverfahren bzw. keine Prüfungsanordnung für eine anstehende Außenprüfung bekannt gegeben worden ist.

» **Hinweis:** Eine Prüfungsanordnung schränkt die Wirksamkeit der Selbstanzeige ab dem 1.1.2015 allerdings nur noch im dort benannten sachlichen und zeitlichen Umfang (Steuerart und Veranlagungszeitraum) ein.

4. Rückausnahme: Umsatzsteuer- und Lohnsteueranmeldung

Hinsichtlich der Anmeldesteuern wurde für Unternehmer erfreulicherweise eine deutliche Entschärfung mit Wirkung ab dem 1.1.2015 ein-

geführt. Weder ein Überschreiten der Grenze von 25.000 € noch der Tatbestand einer besonders schweren Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2-5 AO erfordern für die Wirksamkeit der Selbstanzeige die Zahlung des Strafzuschlags nach § 398a AO.

Gem. § 371 Abs. 2a Satz 1 AO ist die Grenze von 25.000 € bei Nachholung oder Berichtigung von Umsatzsteuervoranmeldungen oder Lohnsteueranmeldungen nicht anwendbar. Gleiches gilt für das Vollständigkeitsgebot.

Die Teilanzeige ist stets im Umfang der (beliebig häufigen) Korrektur und unabhängig von der Größenordnung möglich. Insofern tritt bereits dann Straffreiheit ein, wenn nur der eine relevante Steuerstraftatbestand angezeigt wird.

» **Hinweis:** Diese echte Erleichterung findet jedoch für Umsatzsteuerjahreserklärungen keine Anwendung, d.h. die Grundsätze des Vollständigkeitsgebots und der Verschärfungsregelungen nach § 398a AO gelten hier analog zu sonstigen Steuerarten.

» VERGABERECHT

Entwurf zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in nationales Recht liegt vor

Neuordnung von GWB-Bestimmungen

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz ist das größte vergaberechtliche Gesetzgebungsverfahren der letzten 10 Jahre. Mit Bearbeitungsstand 30.4.2015 liegt seit wenigen Tagen der Referentenentwurf des BMWi vor, mit dem das auf europäischer Ebene vollständig überarbeitete Regelwerk zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen nun auch in deutsches Recht umgesetzt werden soll.

1. Völlige Neuordnung des GWB (4. Teil)

Mit der Umsetzung der drei EU-Vergaberichtlinien aus dem vergangenen Jahr

- RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe,
- RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen in den Sektorenbereichen (Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste),
- RL 2014/23/EU über die Vergabe von Konzessionen,

wird der bisherige 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in dem die Vergabe öffentlicher Aufträge geregelt ist, vollständig geändert, umfassend erweitert und gänzlich neu strukturiert. Aus den bisherigen §§ 97–129b werden dann die §§ 97–184, unterteilt in zwei Kapitel (Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren).

Maßgeblich sind vor allem die Änderungen im ersten Kapitel „Vergabeverfahren“. Hier werden – erstmals überhaupt gesetzlich – die praktisch so bedeutsamen Themen

- öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit,
- Kündigung/Änderung von Aufträgen und Konzessionen während der Vertragslaufzeit sowie
- die Vergabe von (Dienstleistungs-)Konzessionen

geregelt.

Zum ersten Mal werden (einheitlich) im GWB die Gründe für einen Ausschluss vom Vergabeverfahren normiert. Die elektronische Kommunikation wird als Grundsatz im Vergabeverfahren verankert, außerdem werden umfangreiche Berichtspflichten festgelegt, um verlässliche statistische Daten zu erhalten.

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Überarbeitung des 4. Teils des GWB nach eigenem Bekunden das Ziel, dem Rechtsanwender ein „möglichst übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk“ zum Vergaberecht an die Hand zu geben. Durch die stärkere Gliederung und Strukturierung der gesetzlichen Vorschriften soll es in der Zukunft einfacher sein, die für die konkrete Vergabe maßgeblichen Vorschriften zu ermitteln.

Quasi „vor die Klammer gezogen“ werden in einen ersten Abschnitt die Grundsätze, Definitionen und Regelungen zum Anwendungsbereich, die für alle Vergaben gelten. Danach folgen – abschnittsweise – die Regelungen zur klassischen öffentlichen Auftragsvergabe, zur Vergabe in bestimmten Bereichen (Sektoren und Verteidigung/Sicherheit) und zur Konzessionsvergabe.

Elektronische Kommunikation als neuer Verfahrensgrundsatz.

» **Hinweis:** Um Doppelregelungen zu vermeiden, arbeitet der deutsche Gesetzgeber in diesen Unterabschnitten sehr stark mit Verweisungen (auf den ersten, den „Grundlagenabschnitt“). Ob diese umfangreiche Verweisungstechnik die Handhabung tatsächlich vereinfacht, darf bezweifelt werden.

2. Besonders im Fokus: Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

2.1 Erstmals gesetzliche Klarheit

Mit großer Spannung erwartet wurde die Umsetzung der Regelungen der EU-Richtlinien zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit durch den deutschen Gesetzgeber – die deutsche Lösung kann ja einerseits grundsätzlich auch strenger ausfallen und muss den von der EU vorgegebenen Rahmen andererseits nicht ausschöpfen. Bisher wurden die Themen „Inhouse-Geschäfte“ und „Interkommunale Kooperation“ allein durch die Rechtsprechung des EuGH geregelt. Der neue § 108 GWB-E schafft nun erstmals im Gesetz Klarheit, unter welchen Voraussetzungen öffentliche Auftraggeber Verträge miteinander schließen können, ohne dass Vergaberecht zur Anwendung kommen muss. Dabei wurden die europäischen Vorgaben erfreulicherweise eins-zu-eins ins deutsche Recht übernommen.

2.2 Inhouse-Geschäfte

Die ersten beiden Absätze des § 108 GWB-E regeln die klassischen Inhouse-Konstellationen. Hier wird – endlich! – für das Wesentlichkeitskriterium Klarheit dahingehend geschaffen, dass der Auftragnehmer mehr als 80 % seiner Tätigkeiten für den Auftraggeber ausüben muss (wörtlich heißt es dazu: ... „in Ausführung der Aufgaben, mit denen er von dem kontrollierenden öffentlichen Auftrag-

geber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist“).

» **Hinweis:** Wichtig ist, dass § 108 Abs. 3 GWB-E die zulässigen Inhouse-Vergaben – über die bisherige Rechtsprechung hinausgehend – ausdrücklich auf das sog. umgekehrte Inhouse (Beauftragung der Mutter durch die Tochter) sowie auf die Konstellation Inhouse unter Schwestern erstreckt.

2.3 Interkommunale Kooperationen

Außerdem werden auch erstmals interkommunale Kooperationen (also die horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber, die nicht in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zueinander stehen) gesetzlich in § 108 Abs. 6 GWB-E geregelt.

3. Ausblick

Das Kartellvergaberecht des GWB muss völlig neu gelernt werden, wenn der Referentenentwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes in seiner jetzt veröffentlichten Fassung das weitere Gesetzgebungsverfahren durchläuft. Aktuell ist parallel zur Resortabstimmung die Beteiligung der Länder, der kommunalen Spitzenverbände, Fachkreise und Verbände angestoßen worden; bereits Mitte Mai stellte das BMWi den Gesetzesentwurf beispielsweise dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) vor und diskutierte dort.

Das Gesetzgebungsverfahren in Bundesrat und Bundestag soll dann im Herbst 2015 beginnen, die Umsetzung der EU-Richtlinien in deutsches Recht muss am 18.4.2016 abgeschlossen sein.

Die 80 %-Schwelle schafft Klarheit hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums.

» ZUWENDUNGS- UND VERGABERECHT

Rückforderung von Zuwendungen wegen Verstößen gegen das Vergaberecht

Weite Ermessensspielräume der Bewilligungsbehörden

Eine hohe Zahl verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen – zuletzt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof am 9.2.2015 – zeigt auf, dass bei vielen Zuwendungsempfängern das Problembewusstsein für die Verknüpfung der Themen Zuwendung und Vergabe fehlt. Dem sollte wegen der u. U. sehr gravierenden Auswirkungen entgegengewirkt werden.

1. Verpflichtung von Zuwendungsempfängern zur Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften

Die Nebenbestimmungen eines Zuwendungsbescheids verpflichten den Zuwendungsempfänger üblicherweise zur Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften. Damit werden standardmäßig alle Zuwendungsempfänger dem Vergaberecht unterworfen, auch diejenigen, die keine öffentlichen Auftraggeber sind und somit „eigentlich“ nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen – und die deshalb auch keinerlei Erfahrungen mit der Durchführung von Ausschreibungen haben.

Vor dem Hintergrund der Vielzahl von Fallstricken bei der Anwendung des Vergaberechts ist dies besonders bedeutsam: Selbst routinierte öffentliche Auftraggeber lernen nicht aus, wie die umfangreiche vergaberechtliche Rechtsprechung zeigt.

2. Rechtsfolgen eines Vergabeverstößes

Verstößt ein Zuwendungsempfänger gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen, kann – bzw. muss – die Bewilligungsbehörde die Zuwendung ganz oder teilweise zurückfordern. Rechtsgrundlage hierfür ist Art. 49 (bzw. § 49) des jeweiligen Landes-VwVfG (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts). Danach kann ein Verwaltungsakt, der eine Geldleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung

für die Vergangenheit widerrufen werden – wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht erfüllt hat. Einige Länder haben zur Frage der Rückforderung von Zuwendungen aufgrund von Verstößen gegen Vergabevorschriften konkretisierende Verwaltungsvorschriften erlassen (z. B. Nordrhein-Westfalen, Bayern).

» **Hinweis:** Auf diese mögliche Konsequenz eines Verstoßes gegen die Auflage aus der Nebenbestimmung, Vergaberecht zu beachten, weisen die Bewilligungsbehörden in ihren Bescheiden bzw. in den Nebenbestimmungen nicht immer ausdrücklich hin.

3. Schwierige Abgrenzung schwerer Verstöße ...

Die bereits erwähnten Verwaltungsvorschriften bzw. Rückforderungserlasse stellen als Regelfall für den Widerruf eines Zuwendungsbescheids auf sog. schwere Verstöße gegen das Vergaberecht ab. Eine „Rückforderungsautomatik“ in dem Sinne, dass jeder schwere Verstoß die Bewilligungsbehörde zum Widerruf verpflichten würde, besteht aber nicht. Die Behörde muss auch im Fall eines schweren Verstoßes gegen Vergaberecht alle Umstände des Einzelfalls würdigen und eine Ermessensentscheidung über die Rückforderung der Zuwendung treffen.

In aller Regel beinhalten die Erlasse eine beispielhafte, ausdrücklich nicht abschließende Aufzählung derartiger als schwer erachteter Vergabeverstöße. Ein Hauptproblem sowohl für die Bewilligungsbehörde als auch die Zuwendungsempfänger besteht allerdings darin, dass der „schwere Vergabeverstöß“ kein fest umrissener Begriff ist, der definiert wäre. Gerade das Vergaberecht kennt eine derartige Unterscheidung zwischen „schweren“ und sonstigen Verstößen nicht.

Stellt also die Bewilligungsbehörde einen Verstoß des Zuwendungsempfängers gegen vergaberechtliche Vor-

schriften fest, der nicht in der – nicht abschließenden – Katalogaufzählung des Rückforderungserlasses enthalten ist, ist schwierig zu klären, ob der jeweilig konkret festgestellte Vergabefehler die nicht definierten Tatbestandsvoraussetzungen des schweren Verstoßes erfüllt. Der Rückgriff auf die Rechtsprechung als Interpretations- bzw. Auslegungshilfe hilft hier nicht weiter, da die vorhandenen Entscheidungen sich (nach aktuellem Kenntnisstand) fast immer auf Fallgestaltungen beziehen, die in den Katalogaufzählungen der Rückforderungserlasse ausdrücklich genannt sind. Am weitaus häufigsten liegt der Rechtsprechung die Fallkonstellation der Wahl der falschen Vergabeart durch den Zuwendungsempfänger zugrunde.

» **Beispiel:** So verhält es sich auch in der eingangs erwähnten Entscheidung des VGH Bayern vom 9.2.2015 (Az.: 4 B 12.2326): Hier hat eine Kommune staatliche Zuwendungen für den Neubau eines Teiles ihrer Kläranlage i.H. von über 1 Mio. € bewilligt bekommen, verbunden mit der Auflage, bei der Vergabe von Aufträgen Vergaberecht zu beachten. Hiergegen hat die Kommune verstoßen, indem sie die für den Bau der Kläranlage erforderlichen Ingenieurleistungen freihändig und ohne vorherige Bekanntmachung an ein Ingenieurbüro vergab, ohne dass ein entsprechender vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand dies zugelassen hätte.

... und „leichter“ bzw. sonstiger Verstöße gegen Vergaberecht

Die Frage der Zuwendungskürzung aufgrund festgestellter Verstöße des Zuwendungsempfängers gegen das Vergaberecht, die nicht als „schwere“ Verstöße im Sinne der Verwaltungsvorschriften/Rückforderungserlasse zu qualifizieren sind, muss die Bewilligungsbehörde im Wege einer Ermessensentscheidung beantworten, in die alle Umstände des Einzelfalls, auch etwaige Entlastungsmomente, miteinzubeziehen sind. Dabei stehen sich

- das öffentliche Interesse an der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung von Zuwendungsmitteln einerseits und
- das Interesse des Zuwendungsempfängers am Erhalt der Zuwendung andererseits gegenüber.

4. Schadensausmaß von Bedeutung?

Ein weiteres Hauptproblem bei der (Ermessens-)Entscheidung des Zuwendungsgebers über die etwaige Rückforderung der gewährten Förderung besteht darin, dass unklar ist, ob in die Ermessensentscheidung mit einbezogen werden kann bzw. muss, ob der festgestellte Vergaberechtsverstoß zu einem Schaden geführt hat bzw. wie hoch der konkrete Schaden ggf. anzusetzen ist. Der VGH Bayern hat hier eindeutig Position bezogen und festgestellt, dass es für die Frage der Rückforderung keinerlei Rolle spielt, ob der Vergabeverstoß zu einem Schaden geführt hat oder nicht. Eine Prüfung, ob ein Vergabeverstoß im Einzelfall zu einem Schaden des Zuwendungsgebers führe, lasse sich der Natur der Sache nach weder widerlegen noch verifizieren, so der VGH Bayern.

Insbesondere in der (vergabe-)rechtlichen Literatur wird allerdings immer wieder vertreten, dass Vergabeverstöße, die sich wirtschaftlich nicht nachteilig ausgewirkt haben, nicht mit der schweren Sanktion der (Teil-)Rückforderung der Zuwendung belegt werden dürften. Die Auflage an den Zuwendungsempfänger sei kein Selbstzweck, sondern diene vielmehr der Sicherstellung des haushaltsrechtlichen Gebots der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsmittelverwendung. Hiergegen verstoße ein Vergabefehler, der sich wirtschaftlich nicht nachteilig auswirkt, aber gerade nicht.

5. Fazit und Empfehlung

Die Fehleranfälligkeit in Vergabeverfahren ist bekanntermaßen hoch. Für Zuwendungsempfänger, die „eigentlich“ dem Vergaberecht nicht unterliegen, ist die Gefahr noch größer als für öffentliche Auftraggeber. Angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen, die eine nachträgliche Rückforderung von Zuwendungen hat, ist dringend anzuraten, die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bei geförderten Projekten und Maßnahmen noch sorgfältiger als sonst zu beachten.

Neben der dargestellten Rückforderungsproblematik können – insbesondere im Oberschwellenbereich – auch vergaberechtliche Konsequenzen drohen.

» VERSORGUNGSWIRTSCHAFT

Erstmals Preiswettbewerb im EEG

Pilot-Ausschreibungsrunde für die Förderung von Photovoltaik-Freiflächen beendet

Während Betreiber von Stromerzeugungsanlagen für erneuerbare Energien bislang von gesetzlich festgelegten Vergütungssätzen profitierten, soll die Förderung künftig im Wege wettbewerblicher Ausschreibungen ermittelt werden. Den Anfang hat der Gesetzgeber mit einem Pilotausschreibungsmodell für Photovoltaikanlagen auf Freiflächen gemacht: Die erste Ausschreibungsrunde ist kürzlich zu Ende gegangen. Das Ausschreibungsvolumen von 150 Megawatt war mehrfach überzeichnet, insgesamt gingen 170 Angebote ein.

1. Ablauf und Ergebnisse des Pilotverfahrens

Nach Angaben der Bundesnetzagentur, die die Ausschreibungen organisiert, erhielten die Bieter im Durchschnitt einen Fördersatz von 9,17 Cent je Kilowattstunde (ct/kwh). Der dynamische, gesetzlich vorgesehene

Höchstfördersatz lag bei der ersten Ausschreibungsrunde bei 11,29 ct/kwh.

Etwa 20 % aller abgegebenen Gebote entsprachen nicht den strengen formalen Voraussetzungen der Freiflächenausschreibungsverordnung und wurden daher von der Bundesnetzagentur gebührenpflichtig vom Verfahren ausgeschlossen. Den erfolgreichen Anbietern bleibt nun eine Frist von 24 Monaten, um die Anlagen zu errichten; benötigen sie jedoch mehr als 18 Monate, müssen sie einen Abschlag von 0,3 ct/kwh in Kauf nehmen.

Sollten die erfolgreichen Bieter für ihre bezuschlagten Gebote keine finanzielle Sicherheit in Höhe von 50 € je Kilowatt Leistung leisten, so erlischt der Zuschlag. Falls für Gebote mit insgesamt mehr als 30 Megawatt keine Sicherheiten gestellt werden, soll die Bundesnetzagentur ein Nachrückverfahren durchführen. An diesem nehmen dann alle Gebote teil, die keinen Zuschlag erhalten haben.



Ergebnisse der ersten Ausschreibungsrunde zu Anlagen auf Freiflächen liegen vor

2. Demnächst startende Ausschreibungsrunden

Die nächsten beiden Ausschreibungsrunden im Jahr 2015 werden am 1.8.2015 und am 1.12.2015 enden. Die Bundesnetzagentur muss die Ausschreibung spätestens sechs Wochen vor Fristende im Internet veröffentlichen unter www.bundesnetzagentur.de/ee-ausschreibungen.

Bei beiden Ausschreibungsrunden findet das sog. Uniform-Pricing-Verfahren Anwendung. Das bedeutet: Alle Bieter erhalten – unabhängig von der Höhe ihres eigenen Gebots – einen Zuschlag in Höhe des höchsten bezuschlagten Gebotswerts. Erst bei den weiteren sechs Runden in den Jahren 2016 und 2017 wird dann wieder das „pay-as-bid“-Verfahren angewendet, bei dem jeder erfolgreiche Bieter einen Zuschlag in Höhe des von ihm abgegebenen Gebots erhält.

3. Förderfähige Flächen

Als förderfähige Flächen, auf denen Photovoltaikanlagen installiert werden können, kommen bei den beiden ersten Ausschreibungsrunden nur folgende Flächen in Betracht:

- Flächen, die bereits beim Beschluss zur Aufstellung des Bebauungsplans versiegelt waren,

- Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbauwirtschaftlicher oder militärischer Nutzung,
- Flächen auf einem 110 Meter breiten Streifen entlang von Autobahnen oder Schienenwegen.

Ab der vierten Ausschreibungsrunde zum 1.4.2016 können die Anlagen auch auf folgenden Flächen gebaut werden:

- Flächen, die im Eigentum des Bundes oder der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben standen oder stehen und
- Ackerflächen in sog. „benachteiligten Gebieten“.

» **Empfehlung:** Die Erfahrungen der ersten Ausschreibungsrunde zeigen, dass das streng formalisierte Gebotsverfahren hohe formelle Anforderungen stellt. Bieter sollten daher ihre Gebotsunterlagen auf formelle Richtigkeit prüfen lassen, um einen gebührenpflichtigen Verfahrensausschluss zu vermeiden. PKF bietet Unterstützung bei der Prüfung an und kann dabei auf umfangreiche und langjährige Erfahrung im Vergaberecht zurückgreifen.

Kostenersatz bei Zahlungsverzug

Rechtliche Anforderungen an die Erhebung von Kostenpauschalen

Grundversorger haben die Möglichkeit, säumigen Zahlungsschuldern für den verzugsbedingten Mehraufwand eine Kostenpauschale in Rechnung stellen. Dies gilt für Strom- und Gasabrechnungen ebenso wie für Wasserversorger. Allerdings dürfen keine überhöhten Mahnkosten von säumigen Kunden verlangt werden.

1. Rechtslage im Überblick

Strom- und Gasabrechnungen sowie die zwischen den Abrechnungsintervallen erhobenen Abschläge werden nach § 17 Abs. 1 Satz 1 StromGKV/GasGKV zu dem vom Grundversorger angegebenen Zeitpunkt, frühestens

jedoch zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderung fällig. Eine entsprechende Regelung für Wasserabrechnungen enthält § 27 Abs. 1 AVBWasserV.

Soweit der Grundversorger keine Einwände gegen Rechnungen oder Abschlagsberechnungen erhebt bzw. solche nicht berechtigt sind (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 StromGKV/GasGKV), gerät er mit Ablauf der Zahlungsfrist in Zahlungsverzug.

Durch den Zahlungsverzug verletzt der Energie- resp. der Wasserkunde in seiner Eigenschaft als Zahlungsschuldner seine aus dem Schuldverhältnis obliegende Verpflichtung. Nach § 280 Abs. 1 und 2 i.V. mit § 288 Abs. 2 BGB kann der Gläubiger einen Verzugsschaden

durch Ersatz der ihm entstandenen Kosten vom säumigen Zahlungsschuldner verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Zahlungsschuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

2. Handhabung des Kostenersatzes bei Zahlungsverzug in der Praxis

Gestützt auf diese Vorschriften im BGB erhalten die Allgemeinen Bedingungen von StromGVV und GasGVV nähere Ausführungen zum Kostenersatz bei Zahlungsverzug.

Nach § 17 Abs. 2 StromGVV/GasGVV kann der Grundversorger dem säumigen Zahlungsschuldner, wenn er ihn erneut zur Zahlung auffordert oder den Betrag durch einen Beauftragten einziehen lässt, die dadurch entstehenden Kosten für strukturell vergleichbare Fälle durch Ansatz einer Kostenpauschale in Rechnung stellen. Die pauschale Berechnung muss einfach nachvollziehbar sein. Die Pauschale darf die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen. Auf Verlangen des Kunden ist die Berechnungsgrundlage nachzuweisen.

Das gleiche Recht hat der Wasserversorger nach § 27 Abs. 2 AVBWasserV; auch hier hat er die Möglichkeit, sich die durch Zahlungsverzug entstandenen Kosten über eine Kostenpauschale vom Zahlungsschuldner erstatten zu lassen.

In der Begründung zum Entwurf einer „Verordnung zum Erlass von Regelungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung im Energiebereich“ des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vom 4.5.2006 (vgl. BR-Drucks. 306/06) wird zu § 17 Abs. 2 StromGVV/GasGVV ausgeführt, dass die erhobene Kostenpauschale der Billigkeit nach § 315 Abs. 4 BGB zu entsprechen hat und kostenorientiert sein muss.

Dabei sollen die in die Kostenpauschale einfließenden Kosten den Verwaltungsaufwand für die Mahnung decken.

In die Pauschale darf nur ein nach Vertrag oder Gesetz erstattungsfähiger und ursächlich mit der Zahlungsverzögerung zusammenhängender Schaden einfließen. Der allgemeine Verwaltungsaufwand für die Rechtsverfolgung darf nicht in die Kalkulation einfließen. Die vom Grundversorger festgesetzten Kostenpauschalen sind in seine Ergänzenden Geschäftsbedingungen zu übernehmen und nach § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen. Vergleichbares obliegt dem Wasserversorger (vgl. § 1 Abs. 4 AVBWasserV).

3. Neuere Rechtsprechung

Vor diesem Hintergrund musste sich die Zivilrechtsprechung mehrfach mit der Angemessenheit festgesetzter Kostenpauschalen von Versorgungsunternehmen infolge Zahlungsverzug ihrer Kunden auseinandersetzen.

Ausgehend von den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen gilt hier als Leitlinie, dass eine erhobene Kostenpauschale hinsichtlich ihrer Höhe unwirksam ist, wenn die Pauschale nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge den zu erwartenden Schaden übersteigt (§ 309 Nr. 5 Buchst. a BGB).

Anhand der jeweils zu beurteilenden Sachverhalte entschieden u.a. das OLG München im Urteil vom 28.7.2011 (Az.: 29 U 634/11) und unlängst das LG Frankenthal in seiner rechtskräftigen Entscheidung vom 3.2.2015 (Az.: 6 O 2281/12) jeweils gestützt auf die Vorschriften in § 17 Abs. 2 StromGVV/GasGVV, dass keine überhöhten Mahnkosten von säumigen Kunden verlangt werden dürfen.

Mit Überschreiten des zu erwartenden Schadens werden Kostenpauschalen wirksam.

Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG weiter in der Diskussion

Rechtsprechung bietet nur begrenzte Orientierung

Der BGH hat in den letzten beiden Jahren zu einigen grundlegenden Fragestellungen bei der konkreten Ausgestaltung von Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG Entscheidungen getroffen. Doch auch nach diesen höchstrichterlichen Festlegungen und deren Umsetzung durch die Instanzgerichte bleibt das Thema von Unruhe geprägt. Allerdings gibt es einige Punkte, die eine – wenn auch begrenzte – Orientierung bieten.

1. Kein Konzernprivileg/keine Inhouse-Vergabe

Der BGH hat abschließend festgestellt, dass es bei der Konzessionsvergabe – im Gegensatz zum förmlichen Vergaberecht – keine Möglichkeit der Direktbeauftragung von städtischen Eigenbetrieben oder Eigengesellschaften gibt (Urteile vom 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 bzw. KZR 65/12 – Stromnetz Berkenthin/Stromnetz Heiligenhafen). Städtische Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften der Kommune können bzw. müssen sich wie andere Interessenten auch am Konzessionierungsverfahren der Kommune beteiligen und sich damit dem Wettbewerb stellen.

2. Bekanntmachungsfehler bzgl. des Auslaufens des (Alt-)Konzessionsvertrags

Die Vorgaben des § 46 Abs. 3 EnWG sind präzise einzuhalten. Angaben zu den Auswahlkriterien müssen in der Bekanntmachung noch nicht erfolgen (BGH, Fälle Berkenthin und Heiligenhafen). Bekanntmachungsfehler – wie die Wahl des unzutreffenden Bekanntmachungsorgans, z. B. des Deutschen Ausschreibungsblatts anstelle des in § 46 Abs. 3 EnWG vorgesehenen Bundesanzeigers – lassen danach geschlossene Konzessionsverträge grundsätzlich nichtig werden, so eindeutig der BGH (Urteil vom 18.11.2014, Az.: EnZR 33/13 – Stromnetz Schierke). Auf die Kausalität des Bekanntmachungsfehlers für den konkreten Vertragsschluss kommt es nach Auffassung des BGH nicht an.

Auf dieser Linie lag bereits die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (VG) Sigmaringen (Urteil vom 5.11.2014, Az.: 2 K 521/12). Die Ausgangsfrage hier war zwar, ob die Kommunalaufsicht der Kommune den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags untersagen kann, dies vor dem Hintergrund mehrerer Bekanntmachungsfehler: Die Kommune hatte den Konzessionsvertrag mit dem Alt-Konzessionär – auf dessen Wunsch hin – vorzeitig beendet. Die Kommune hatte dabei das Vertragsende zwar bekannt gemacht, allerdings ohne dabei zu erwähnen, dass es sich um eine vorzeitige Vertragsbeendigung handelt. Außer dem Alt-Konzessionär gab es auf die Bekanntmachung hin keine weiteren Interessenten, so dass die Kommune mit dem Alt-Konzessionär einen neuen Konzessionsvertrag abschloss – und dies zu einem noch früheren Zeitpunkt als in der Bekanntmachung angegeben.

Im weiteren Verlauf gelangte die Kommune allerdings zu der Erkenntnis, bei Bekanntmachung und Vertragsschluss Fehler gemacht zu haben, die die Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrags zur Folge haben könnten. Deshalb entschloss sich die Kommune, ein neues regelkonformes Konzessionierungsverfahren durchzuführen. Der Alt-Konzessionär beteiligte sich an diesem Verfahren quasi aus Protest nicht, weil er der Überzeugung war, nach einem (bereits) regelgerechten Konzessionierungsverfahren einen wirksamen Konzessionsvertrag mit der Kommune abgeschlossen zu haben.

Das zweite Konzessionierungsverfahren endete mit dem Vertragsschluss mit einem Wettbewerber des Alt-Konzessionärs. Diesen Vertragsschluss untersagte aber die Kommunalaufsicht: Die Kommune habe – so die Kommunalaufsicht – mit der Durchführung des zweiten Konzessionierungsverfahrens gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verstoßen.

Das VG Sigmaringen konnte die (insbesondere sich aus den Bekanntmachungsfehlern der Kommune ggf. ergebende) Nichtigkeit des zunächst mit dem Alt-Konzessi-

onär geschlossenen Vertrags weder bestätigen noch sicher ausschließen. Angesichts des Beurteilungsspielraums, der der Kommune hier zukomme, dürfe die Kommunalaufsicht den Abschluss des Konzessionsvertrags nach dem neuerlich durchgeführten Verfahren nicht untersagen.

3. Anforderungen an Konzessionsverfahren (v. a. Auswahlkriterien und Gewichtung)

Grundlegend hierzu hat der BGH (Fälle Berkenthin und Heiligenhafen) eine Vielzahl von klarstellenden Feststellungen getroffen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde der Stadt Heiligenhafen hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen (vom 27.6.2014, Az.: 1 BvR 910/14).

Allerdings hat die Schwarzwald-Gemeinde Titisee-Neustadt im Dezember 2014 ebenfalls eine (Kommunal-)Verfassungsbeschwerde eingereicht, um die Grenzen des im Grundgesetz verbürgten kommunalen Selbstbestimmungsrechts bei der Konzessionsvergabe klären zu lassen. Hier hatte der Alt-Konzessionär beim Bundeskartellamt moniert, die Stadt habe kommunalfreundliche Kriterien zu stark gewichtet.

Eine Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamts gegen die Kommune liegt wohl bereits vor. Vor einer Entscheidung in der Sache steht bei der Verfassungsbeschwerde allerdings eine hohe formale Hürde: Eine Verfassungsbeschwerde ist „eigentlich“ nur gegen ein Gesetz möglich. Vorliegend müsste das Verfassungsgericht aber über Gewohnheitsrecht bzw. insbesondere über Richterrecht entscheiden, da das Auswahlverfahren im Energiewirtschaftsgesetz nur rudimentär geregelt ist.

» **Empfehlung:** Es bleibt also zunächst abzuwarten, ob das BVerfG die Feststellungen (v. a.) des BGH überhaupt als zulässige Beschwerdegegenstände ansieht.

Die Kriterien des § 1 EnWG muss die Kommune gegenüber allen anderen Aspekten vorrangig gewichten.

4. Hauptaspekte für die Festlegung der Auswahlkriterien durch die Kommune

4.1 Zwecke des Konzessionsverfahrens

Das Konzessionsverfahren dient dazu, dass die Kommune den am besten geeigneten Netzbetreiber allein nach sachlichen Kriterien mit Bezug zum Leistungsgegenstand (dem Netzbetrieb) auswählt, v. a. unter Berücksichtigung der Verwirklichung der Ziele des § 1 EnWG (= sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht).

In aller Regel möchte die Kommune auch (noch) „ureigene“ Ziele verfolgen und sich so möglichst umfassende Einflussnahmemöglichkeiten sichern. Das Zusammenspiel beider, einander oftmals widersprechender Aspekte ist für ein rechtssicheres Konzessionsverfahren sehr sorgfältig abzuwägen.

4.2 Verwirklichung der Ziele des § 1 EnWG

Die Kriterien des § 1 EnWG muss die Kommune gegenüber allen anderen Aspekten vorrangig gewichten. Dabei lässt sich trefflich streiten, ab welcher Gewichtung den Zielen des § 1 „vorrangige“ Bedeutung eingeräumt wird. Der BGH nennt hier keinen prozentualen Anteil, den diese Kriterien mindestens haben müssten, damit das Merkmal der Vorrangigkeit rechtssicher erfüllt ist.

Verschiedene Akteure sehen die Kriterien des § 1 EnWG nach durchaus unterschiedlichen Gewichtungen dann als vorrangig berücksichtigt an:

- das OVG Lüneburg (vom 11.9.2013 - 10 ME 87/1): mindestens gleichwertig, also mindestens 50 % im Verhältnis zur Verwirklichung anderer Ziele als der des § 1 EnWG;
- die Niedersächsische Landeskartellbehörde

(in ihren Hinweisen zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom Juni 2014): zumindest mehr als 50 %;

- die Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (in ihrem Musterkriterienkatalog vom 5.3.2015): mindestens 70 %.

Es spricht vieles dafür, den Aspekten Versorgungssicherheit und Preisgünstigkeit jeweils herausragende Bedeutung zuzumessen.

Der BGH ist ausdrücklich der Auffassung, dass die (vorrangige) Bindung der Auswahlentscheidung der Kommune an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG im Einklang mit dem in Art. 28 Abs. 2 GG statuierten kommunalen Selbstverwaltungsrecht steht (Stromnetz Berkenthin/Stromnetz Heiligenhafen).

Zu der Frage der Gewichtung der einzelnen in § 1 EnWG angesprochenen Aspekte zueinander hat sich die Rechtsprechung noch nicht abschließend geäußert. Nach häufig vertretener Auffassung soll vieles dafür sprechen, den Aspekten der Versorgungssicherheit und der Preisgünstigkeit jeweils herausragende Bedeutung zuzumessen, während die anderen Punkte Verbraucherfreundlichkeit, Umweltverträglichkeit und Effizienz demgegenüber nachrangig zu gewichten sein sollen. Dem BGH zufolge (Fall Berkenthin) sind unter dem Aspekt der Preisgünstigkeit v. a. die unterschiedlich hohen Netzentgelte der Bieter für die Bewertung relevant.

» **Hinweis:** Da hier jeweils der individuelle Effizienzwert des Bieters einfließt, können – trotz Regulierung – erhebliche Unterschiede bestehen, die für die Bewertung der Angebote aussagekräftig sind.

4.3 Sicherung von Einflussnahmemöglichkeiten der Kommune

Auch bei den von den Zielen des § 1 EnWG verschiedenen, an den Zielsetzungen der Kommune orientierten Auswahlkriterien muss immer sichergestellt sein, dass die von der Kommune vorgegebenen Kriterien in Bezug zum Vertragsgegenstand, also dem Netz-

betrieb stehen müssen. Die Kommune kann danach Aspekte wie v. a. den Umfang vertraglicher Informations- und Verhandlungspflichten des Netzbetreibers sowie die Einräumung von Mitwirkungs- und Konsultationsrechten zur Bewertung heranziehen.

Zulässige vertragsbezogene Kriterien können laut BGH (Entscheidungen Berkenthin und Heiligenhafen) sein:

- Höhe der Konzessionsabgabe,
- Abschlagszahlungen,
- Zusatzleistungen,
- Höhe des Kommunalrabatts,
- Bereitschaft zur Folgekostenübernahme,
- Auskunftsrechte,
- Endschaffungsbestimmung (v. a. Kaufpreis für Netzübernahme),
- Laufzeit,
- u. U. regionale Präsenz (ja: örtliche Kundenbüros, Netzstörungenstellen vor Ort, nein: Interesse an regionaler Präsenz (allein) mit Schaffung der Voraussetzungen für die Erzielung von Gewerbesteuererinnahmen).

» **Hinweis:** Das Kriterium „Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort“ hat der BGH in seiner Entscheidung vom 7.10.2014 (Az.: EnZR 86/13 – Stromnetz Olching) für unzulässig erklärt.

Die zuvor als maßgeblich aufgelisteten Merkmale sind allerdings dann nicht (mehr) als Auswahlkriterien zulässig, wenn die Kommune sie für unverzichtbar hält:

Denn für sie unverzichtbare Vorgaben muss die Kommune bereits im Verfahrensbrief für alle Angebote verbindlich als Mindestkriterien vorgeben. Angebote, die diesen Mindestkriterien nicht entsprechen, müssen dann von der Wertung ausgeschlossen werden. Bei den Angeboten, die diese Mindestvorgaben erfüllen, können diese (Mindest-)Kriterien dann aber nicht mehr erneut bei der Bewertung berücksichtigt werden.



An der Stromversorgung interessierte Unternehmen benötigen Klarheit über die Auswahlkriterien

Besonders schwierig ist die (Besser-)Bewertung von Angeboten, die eine Beteiligung der Kommune an der Netzgesellschaft umfassen. Nach der BGH-Rechtsprechung ist ein Auswahlkriterium „gesellschaftsrechtlicher Einfluss“ nur zulässig, wenn auf andere Art das – grundsätzlich legitime – Ziel der Kontrolle des Netzbetriebs durch die Kommune nicht erreichbar ist. Das Vertragsrecht müsste dann unzureichend sein. Außerdem müssten – mit Blick auf das Nebenleistungsverbot – Kosten und Risiken des Netzbetriebs bzw. der Netzgesellschaft angemessen zwischen Kommune und Konzessionär verteilt sein.

» **Hinweis:** Kriterien wie Höhe des kommunalen Anteils an den Netzen, kommunaler Vermögenszuwachs, kommunaler Kapitaleinsatz für den Netzerwerb und Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung sind nach der BGH-Entscheidung vom 17.12.2013 im Fall Berkenthin jedenfalls unzulässige Kriterien.

4.4 Grenzen durch das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV

Der Spielraum der Kommunen bei der Festlegung und der Gewichtung der Auswahlkriterien wird durch die

Konzessionsabgabenverordnung (KAV), insbesondere durch § 3 begrenzt. Verstöße gegen § 3 KAV haben nach Auffassung des BGH nicht zwingend die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags zur Folge, da es sich hierbei um eine Bestimmung des Preisrechts handelt. Ein Verstoß gegen Preisvorschriften führt danach nur zur Teilnichtigkeit der Preisabrede. An die Stelle der unzulässigen Preisabrede tritt der gesetzlich zulässige Preis (Stromnetz Olching).

4.5 Transparenzgebot

Das gesamte Auswahlverfahren, insbesondere aber die Auswahlkriterien und die geplante Vorgehensweise bei der Bewertung, muss bzw. müssen von der Kommune so gestaltet werden, dass interessierte Unternehmen klar erkennen können, worauf es der Kommune bei der Auswahl ihres neuen Vertragspartners ankommt. Die Kommune muss den Bietern rechtzeitig im Vorfeld der Angebotserstellung die Methodik mitteilen, nach der sie das für sie attraktivste Angebot auswählen wird (BGH-Urteile Berkenthin und Heiligenhafen). Eine Angabe der Auswahlkriterien schon in der Bekanntmachung ist hiernach nicht erforderlich, da der BGH die rechtzeitige Mitteilung der Auswahlkriterien in einem gleichlau-

tenden Verfahrensbrief an alle Unternehmen, die aufgrund der Bekanntmachung ihr Interesse am Abschluss des Konzessionsvertrags bekundet haben, für ausreichend hält.

Bislang ist zwar noch nicht abschließend höchstrichterlich entschieden, ob über die Nennung der Hauptkriterien und deren Gewichtung hinaus auch noch die Unter- sowie ggf. Unter-Unterkriterien und deren jeweilige Gewichtung den Bietern vorab bekannt gegeben werden müssen. Eine Vielzahl von Instanzgerichten (u.a. LG Stuttgart vom 2.10.2014, Az.: 10 O 181/14; LG Köln vom 6.6.2015, Az.: 90 O 35/ 14 und 90 O 169/13; OLG Düsseldorf vom 17.4.2014, Az.: VI-2 Kart 3/13 und VI-2 Kart 4/13) hat aber bereits deutlich gemacht, dass die Kommune ihre Bewertungsmethodik so detailliert wie nur möglich im Vorfeld der Angebotserstellung mitteilen muss. Nur so könne die Beachtung des Transparenzgebots, das die Gleichbehandlung aller Bieter gewährleistet, sichergestellt werden – und die Bieter könnten nur so ihre Angebote so passgenau wie möglich erstellen.

Nicht zulässig ist danach die Bildung von (Haupt- bzw. Ober-)Kriterien, zu denen die Kommune zwar verschiedene Aspekte (Unterkriterien) mitteilt, die sie für die Bewertung des Oberkriteriums heranzuziehen gedenkt, solange die Kommune nicht mitteilt, wie sie die einzelnen Unterkriterien im Verhältnis zueinander gewichten wird. Ganz aktuell hat dies das LG Kiel (mit Urteil vom 13.2.2015, Az.: 14 O 111/14) umgesetzt. Die Kammer für Handelssachen statuiert hier ausdrücklich die Pflicht der Kommune, neben den Hauptkriterien auch noch Unterkriterien zu schaffen, um den Bietern konkret mitzuteilen, welche Angaben sie sich zu den einzelnen Punkten – Kriterien und Unterkriterien – in den Angeboten wünscht und wie sie die Ausführungen der Bieter bewerten wird. Den Entwurf des abzuschließenden Konzessionsvertrags muss die Kommune nach Einschätzung des LG Kiel nicht zwingend vorlegen.

Die Kammer macht deutlich, dass ohne die „Unterfütterung“ der Hauptkriterien durch Unterkriterien kein Bewerber zweifelsfrei erkennen kann, worauf genau es der Kommune ankommt. Die Kommune könne dann nach Eingang der Angebote (immer noch) entscheiden, wie sie die Angebote bewerten und gewichten wolle. Unzulässigen Manipulationen seien so Tür und Tor geöffnet.

5. Information nichtberücksichtigter Bieter

Der BGH hat im o.g. Fall Berkenthin in einem obiter dictum dargelegt, dass die unterlegenen Bieter, die analog § 101a GWB über den beabsichtigten Konzessionsvertragsschluss vorab informiert werden, diesen Vertragsabschluss hinnehmen müssen, wenn sie nicht innerhalb von 15 Kalendertagen nach ihrer Information Rechtsschutz suchen. Ob die Kommune mit dieser individuellen Vorabinformation nach vergaberechtlichem Vorbild Rechtssicherheit schaffen kann, ist – über die obiter dicta des BGH (Fall Berkenthin und Beschluss vom 3.6.2014, Az.: EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg) hinaus – noch nicht abschließend höchstrichterlich entschieden.

Klargestellt hat der BGH aber, dass fehlerhafte Konzessionsvergaben – wenn überhaupt – erst dann durch die Vorabinformation der unterlegenen Bieter geheilt werden, wenn sie nach der Veröffentlichung der Urteile des BGH vom 17.12.2013 (Berkenthin und Heiligenhafen) beendet worden sind (so der BGH selbst in seinem Beschluss vom 3.6.2014 - Stromnetz Homberg). Erst mit Bekanntwerden dieser beiden grundlegenden Entscheidungen des BGH haben unterlegene Bieter Kenntnis erhalten, welche Funktion die Unterrichtung über die beabsichtigte Auswahlentscheidung hat – und dementsprechend welche Bedeutung die fristgerechte Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen den geplanten Konzessionsvertragsabschluss für die nichtberücksichtigten Bieter hat. Als Konsequenz dessen ist in den Vorabinformationsschreiben kein Hinweis auf den drohenden Rechtsverlust seitens der Kommune gegenüber den Bietern erforderlich.

6. Weiter bestehende Unklarheiten bzgl. Rügeobliegenheit

Inwieweit den Bietern im laufenden Verfahren eine Rügeobliegenheit bzgl. vermeintlicher Verfahrensfehler der Kommune zukommt, bleibt nach wie vor vom BGH ungeklärt. In jedem Fall aber kommt hier dem Alt-Konzessionär eine Sonderrolle zu: Er kann unabhängig von seinem Verhalten im Auswahlverfahren – also gerade auch unabhängig davon, ob er etwaige Verfahrensfehler gegenüber der Kommune gerügt hat – einem Überlassungsanspruch des neuen Konzessionärs entgegenhalten, dass der Anspruchsteller nicht wirksam neuer Konzessionär

geworden sei (so der BGH in den Fällen Berkenthin und Heiligenhafen).

7. Ausblick

Im Koalitionsvertrag verpflichtet sich die Bundesregierung zur eindeutigen und rechtssicheren Regelung des Bewertungsverfahrens bei der Neuvergabe, z. B. bei der

Rekommunalisierung von Konzessionen, sowie zu einer Verbesserung der Rechtssicherheit beim Netzübergang. Die Bundesregierung plant, im Juni 2015 einen Kabinettsbeschluss zur Novellierung des § 46 EnWG herbeizuführen (so der Parlamentarische Staatssekretär Beckmeyer am 6.3.2015). Welche weiteren Festlegungen hier getroffen werden, darf mit Spannung erwartet werden.

» VERKEHRSWIRTSCHAFT

Direktvergaben im Lichte der neuen EU-Vergaberichtlinien

Teil II: Direktvergabe an den internen Betreiber

Neue EU-Vorgaben beinhalten bedeutsame Ausnahmen vom Gebot der öffentlichen Ausschreibung, sodass wir Ihnen die Voraussetzungen und gesetzlichen Neuigkeiten in einer mehrteiligen Beitragsserie vermitteln. Nach Grundlagen und einem Überblick über Modifikationen im Rahmen der Inhouse-Vergabe in Teil 1 (PKF Themen ÖS 01/2015 S. 25f.) behandeln wir nun Einzelheiten zur Direktvergabe an interne Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 der VO 1370/2007.

1. Der Weg in die VO 1370/2007 – Art. 5 Abs. 1 der Verordnung

Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 bestimmt, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge vorrangig nach den Vergaberichtlinien zu vergeben sind. Es handelt sich dabei um die bisherigen Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG, die nunmehr durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU ersetzt werden (bis 2016 in nationales Recht umzusetzen). Weiter führt Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 aus,

dass Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen nach den neuen Richtlinien vergeben werden, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen.

Die Auslegung dieser Bestimmung ist teilweise umstritten und birgt Detailprobleme.

2. Dienstleistungskonzessionen können zu einer Direktvergabe nach der VO 1370/2007 führen

2.1 Klarstellungen zum Anwendungsbereich und begrifflicher Art

Nach der Definition in der neuen Richtlinie über die Konzessionsvergabe 2014/23/EU (dort Art. 5) stellt eine Dienstleistungskonzession einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag dar, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen. Dabei besteht die

Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

» **Hinweis:** Die o.g. EU-Richtlinie muss bis spätestens Anfang 2016 in nationales Recht umgesetzt werden.

2.2 Übergang des Betriebsrisikos?

Weiter muss mit der Dienstleistungskonzession auf den Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen. Hierbei kann es sich um ein Nachfrage- und/oder Angebotsrisiko handeln.

Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass der Investitionsaufwand oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind.

» **Zwischenergebnis:** Als ein wesentliches Kriterium für eine Dienstleistungskonzession kann daher weiterhin entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zu der bisher nicht kodifizierten Frage, wann eine Dienstleistungskonzession vorliegt, darauf abgestellt werden, dass der Konzessionär das Betriebsrisiko trägt. Dies ist der Fall, wenn der größte Teil der Einnahmen des Betreibers von den Fahrgästen vor allem durch die Erhebung von Entgelten stammt und er den Großteil der finanziellen Auswirkungen von Änderungen der Tarife und bzw. aufgrund von Schwankungen der Zahl der Fahrgäste trägt.

2.3 Ausgleichsleistungen

Nach herrschender Meinung stehen Ausgleichsleistungen des Konzessionsgebers einer Dienstleistungskonzession nicht grundsätzlich entgegen, sofern dadurch die Kosten für den Konzessionsnehmer nicht vollständig gedeckt werden und dieser weiterhin das überwiegende wirtschaftliche Risiko der Konzession trägt.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch bei Fahrgeldsurrogaten (z. B. für Schüler und Schwerbehinderte) ein wirtschaftliches Risiko anzunehmen ist. Die bestehenden Regelungen des § 45a PBefG sowie die Erstattung nach § 148 SGB IX können nach unserer Auffassung bislang ebenfalls der Risikosphäre des Verkehrsunternehmens zugerechnet werden, da sie Fahrgeldsurrogate darstellen, die ebenfalls abhängig von der Nachfrage- und Erlösstruktur sind. Mit einer strengeren Betrachtungsweise (Surrogate stellen kein wirtschaftliches Risiko dar) begibt man sich aber auf die „sichere Seite“.

2.4 Risiken auf der Kostenseite und im Einnahmenbereich

Zur konkreten Prüfung, ob eine Dienstleistungskonzession (gem. Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007) über die Laufzeit der Direktvergabe vorliegt, muss also nachgewiesen werden, ob das wesentliche wirtschaftliche Risiko bezüglich der Leistungserbringung beim Betreiber verbleibt. Im ÖPNV lassen sich die wirtschaftlichen Risiken im Wesentlichen unterteilt nach Kostenrisiken und Einnahmenrisiken darstellen:

- Während auf der **Kostenseite** die Entwicklung der für den ÖPNV relevanten Aufwandsarten (Materialkosten, Fremdleistungen/SUB-Unternehmer, Abschreibungen (unter Berücksichtigung der Förderstruktur), Fremdkapitalverzinsung, Personalkosten etc.) zu analysieren sind,

Entscheidend ist, ob das wesentliche wirtschaftliche Risiko bezüglich der Leistungserbringung beim Betreiber verbleibt.

- sind bei den **Einnahmen** die relevanten Erlösarten sowie die Nachfrage- und Zuschussstruktur von Bedeutung.

3. Welche Konsequenzen hat ein echtes Inhouse-Geschäft auf die Direktvergabe?

Unklar bzw. umstritten ist jedoch, wie ein echtes Inhouse-Geschäft zu behandeln ist bzw. welche Konsequenzen dies für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 hat. Hierzu gibt es zwei Meinungen in der Literatur und mehrere sich widersprechende Entscheidungen von Oberlandesgerichten.

Gesonderte Prüfung der Direktvergabe-Voraussetzungen ...

(1) Die erste Meinung (OLG München und OLG Düsseldorf) geht davon aus, dass das echte Inhouse-Geschäft – das ist unstrittig – natürlich aus dem allgemeinen Vergaberecht herausführt, danach aber die Voraussetzungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu prüfen seien. Es müssen also zuerst alle Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft nach allgemeinem Vergaberecht vorliegen, danach die speziellen Voraussetzungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007.

... oder nicht?

(2) Die zweite Meinung (OLG Frankfurt und OLG Karlsruhe) ist der Auffassung, dass – wenn ein echtes Inhouse-Geschäft nach allgemeinem Vergaberecht vorliegt – die Voraussetzungen einer Direktvergabe nicht mehr geprüft werden müssen und es bei diesem Inhouse-Geschäft verbleibt. Die speziellen Voraussetzungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 müssten dann nicht mehr geprüft werden.

Es müssen deshalb nach der zweiten Meinung keine Selbsterbringungsquote und kein Territorialprinzip geprüft werden. Es geht hier letztendlich um den Wortlaut und den Sinn des Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007. Dieser bestimmt, dass Dienstleistungsaufträge gemäß den Vergaberichtlinien betreffend öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen nach den Vergaberichtlinien vergeben werden, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen.

Weiterheißt es jedoch: „Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG (nunmehr ersetzt durch die neuen Vergaberichtlinien) vergeben, so sind die Abs. 2 – 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.“ Das OLG Frankfurt/M. ist der Auffassung, dass damit für den Weg „aus dem allgemeinen Vergaberecht“ nur die Dienstleistungskonzession infrage kommt und ein Inhouse-Geschäft mangels Erwähnung in Art. 5 Abs. 1 VO nicht der VO 1370/2007 unterliegt. Nach dieser Ansicht können daher öffentliche Personenverkehrsdienste „einfach“ über ein Inhouse-Geschäft vergeben werden, ohne dass es auf die VO 1370/2007 ankommt.

Zu empfehlen ist die Doppelprüfung der Voraussetzungen als der „sichere Weg“.

4. Fazit

Die erstgenannte Auffassung (Doppelprüfung der Voraussetzungen) verkörpert den „sicheren Weg“. Dieser ist u.E. vorzuziehen und beinhaltet, zunächst die Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft nach den Kriterien des allgemeinen Vergaberechts und dann auch noch die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (kumulativ) zu prüfen. Wird dies eingehalten, so ist jedenfalls auch nach der zweiten Meinung eine rechtssichere Vergabe der öffentlichen Personenverkehrsdienste gegeben.

Optimierungsansätze im ÖPNV auf Angebots- und Nachfrageseite

Sicherstellung einer ausreichenden Nutzerfinanzierung

Nach Auslaufen von Übergangsfristen der Verordnung (EG) 1370/2007 (VO) für bestehende Bestandsbetrauungen sind die Verkehre daraufhin zu untersuchen, ob sie ggf. ohne Zuschüsse auch eigenwirtschaftlich erbracht werden können oder wie sie nach dem neuen Rechtsrahmen EU-konform, steuerneutral und betriebs- sowie verkehrswirtschaftlich sinnvoll unter dem Regime der VO vergeben und finanziert werden können.

1. Informationsgrundlagen

Um sicherzustellen, dass die Verkehrsleistungen künftig weiter sowohl qualitativ hochwertig als auch wirtschaftlich erbracht werden können, ist es für den Unternehmer ebenso wie für den Aufgabenträger unerlässlich, eine detaillierte Übersicht über Aufwand und Ertrag für die bzw. aus den erbrachten Verkehrsleistungen in Bezug auf die Verkehrsnachfrage zu haben.

2. Ausrichtung des Angebots an den Nachfrageerfordernissen

Aufgrund der unterschiedlichen Strukturen können z. B. im ländlichen Raum und in Bedienungsrandzeiten Ver-

kehrsleistungen häufig aufgrund der geringen Nachfrage nur durch öffentliche Mittel aufrechterhalten werden. Jedoch wandelt sich das Bewusstsein in den Ballungsräumen und Städten, sodass die Nachfrage an öffentlichen Verkehrsangeboten aktuell stetig zunimmt, wobei die Verkehrsspitzen enorm anwachsen.

Zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit sowohl bei eigen- wie auch bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren ist es aufgrund des Wandels wichtig, den Nahverkehrsplan an die tatsächliche aktuelle Verkehrsnachfrage anzupassen. Dabei kann die Vorbekanntmachung als Chance genutzt werden, bestehende Strukturen zu hinterfragen und Bewährtes auf heutige Mobilitätstrends hin zu überprüfen.

Durch die Erhebung der Ist-Nachfrage kann eine quantitative Aussage über die aktuelle Nutzung des bestehenden Verkehrsangebots getroffen werden. Mit diesen Daten muss das bestehende Fahrplanangebot einer objektiven Analyse unterzogen werden und auf eine wirtschaftliche Zukunftsfähigkeit hin geprüft werden.

» **Hinweis:** Hierbei ist es wichtig, das Angebot auf die übergeordneten Schienen- und Regionalverkehre auszurichten, um den ÖPNV als gesamtheitliches Netz den



Wichtig ist die Ausrichtung des ÖPNV an übergeordneten Schienen- und Regionalverkehren

heutigen Mobilitätsansprüchen der Kunden (z. B. Pendler, Auszubildende, Senioren) anzupassen.

3. Maßnahmen: Mit Mobilitätskonzepten ...

Mit kapazitiv ausgewogenen und leistungsfähigen zeitgemäßen Mobilitätskonzepten können attraktive Alternativen zum motorisierten Individualverkehr geschaffen werden, um so nachhaltig dem Verkehrskollaps entgegenzuwirken und die Effizienz der eingesetzten Verkehrsleistung zu steigern.

... über zielgruppenadäquate Angebote ...

Die verschiedenen Ansprüche der unterschiedlichen Zielgruppen müssen mit den angebotenen Verkehrsleistungen abgeglichen werden.

» **Empfehlung:** Es empfiehlt sich daher, neue Fahrplanangebote auf die jeweiligen Zielgruppen auszurichten, die zielgerichteten Verkehre möglichst weit zu bündeln, neu entwickelte Wohn- und Gewerbegebiete zu erschließen und durch intelligente Verkehrssysteme sowie differenzierte Bedienungsformen nachfrageorientiert zu gestalten.

Durch infrastrukturelle Beschleunigungsmaßnahmen, Ausbauprogramme zur Attraktivitätssteigerung und zielgruppenerreichende Vermarktungsansätze der ÖPNV-Angebotspalette kann das neue Verkehrsange-

bot effektiv vermittelt werden und lässt eine Nutzungssteigerung erwarten, wodurch sich die Nutzerfinanzierung zu einem noch stabileren Baustein einer effizienten Finanzierungsstrategie entwickelt.

... die Nutzerfinanzierung ausbauen

Eine Erhöhung der Nutzerfinanzierung, die durch die Optimierung des Angebots und der Nachfrage herbeigeführt wurde, vergrößert durch Absicherung des Vorliegens von Dienstleistungskonzession bei Nettoverträgen i.d.R. auch den Spielraum der zuständigen Behörden und der Unternehmen bei den verschiedenen Möglichkeiten zur Vergabe von Verkehrsleistungen nach Art. 5 der VO 1370.

4. Fazit

Sowohl bei einer Anpassung der Vergabe- und Finanzierung der Verkehrsleistungen nach den Vorgaben der VO 1370 als auch bei einer künftigen Optimierung auf Angebots- und Nachfrageseite zur Sicherstellung einer ausreichenden Nutzerfinanzierung im ÖPNV sind ganzheitlich verkehrsplanerische, wirtschaftliche, steuerliche sowie rechtliche Fragestellungen zu lösen. Mit auf diese Fragestellungen spezialisierten interdisziplinären Teams stehen Ihnen die Experten von PKF gerne zur Verfügung.

» KURZ NOTIERT

Zuständigkeitsfragen in Fällen des „Sanierungsgewinns“

Im Zuge möglicher Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen kommt immer häufiger das Instrumentarium des sog. Sanierungsgewinns zum Einsatz.

Hierbei handelt es sich um eine seit dem Jahr 2003 im Rahmen eines BMF-Schreibens (vom 27.3.2003) geregelte Billigkeitsmaßnahme, welche zuvor ein Teil des § 3 EStG war. Inhaltlich können hier anlässlich

von Sanierungsmaßnahmen Unternehmensgewinne – entstanden z. B. durch den Wegfall von Verbindlichkeiten – auf Antrag als Sanierungsgewinn behandelt werden, um so einen Erlass der damit zusammenhängenden Steuerbeträge zu erreichen.

(1) Für eine etwaige Berücksichtigung im Rahmen der **Einkommensteuer** (bei natürlichen Personen) bzw. der **Körperschaftsteuer** (bei

Kapitalgesellschaften) obliegt die Entscheidung im Rahmen der Sanierungsgewinne regelmäßig den lokalen Finanzämtern, die derartige Anträge in Abstimmung mit der Oberfinanzdirektion bzw. dem Landesfinanzministerium bearbeiten.

(2) Bei der **Gewerbsteuer** kam es in den letzten Jahren immer wieder zu Zuständigkeitsfragen, welche z. B. das FG Düsseldorf und den BFH beschäftigten, der im Rahmen dieses Rechtsstreits eine im Einzelfall abweichende Entscheidung durch die Kommunen bestätigte. Dies hatte zur Folge, dass ein vom Finanzamt anerkannter Sanierungsgewinn für die Körperschaftsteuer keine Bindungswirkung für die gewerbsteuerlich hebeberechtigte Kommune hatte.

Im Rahmen des Zollkodexanpassungsgesetzes wurde § 184 Abs. 2 Nr. 1 AO dergestalt geändert, dass die Befugnis, z. B. „Gewerbsteuermessbeträge“ festzusetzen, auch die Befugnis zur Vornahme von Billigkeitsmaßnahmen nach § 163 AO (z. B. Sanierungsgewinn) beinhaltet. Dazu hat sich die OFD NRW in einer Kurzinformation zur Gewerbesteuer (vom 6.2.2015) geäußert: Sie hat keine Änderung der Zuständigkeit der Gemeinden für Billigkeitsmaßnahmen zur Gewerbesteuer bei Sanierungsgewinnen gesehen und damit die bisherige Rechtslage bestätigt.

» **Hinweis:** Sofern hierzu noch tiefergehende Fragen bestehen, wenden Sie sich bitte an die Ihnen bekannten PKF-Ansprechpartner.

Impressum

PKF FASSELLT SCHLAGE Partnerschaft mbB

www.pkf-fasselt.de

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft · Steuerberatungsgesellschaft · Rechtsanwälte

14050 **Berlin** · Platanenallee 11 · Tel. +49 30 306 907-0
47059 **Duisburg** · Schifferstraße 210 · Tel. +49 203 30001-0
20354 **Hamburg** · Jungfernstieg 7 · Tel. +49 40 35552-0

39340 **Haldensleben** · Hagenstr. 38 · Tel. +49 3904 66 38-0
38350 **Helmstedt** · Bötticherstr. 51 · Tel. +49 5351 12 01-0
14476 **Potsdam** · Am Lehnitzsee 5 · Tel. +49 33208 223 55
56856 **Zell (Mosel)** · Schlossstraße 34 · Tel. +49 6542 96300-0

38122 **Braunschweig** · Theodor-Heuss-Str. 2 · Tel. +49 531 2403-0
60325 **Frankfurt** · Ulmenstr. 37-39 · Tel. +49 69 17 00 00-0
50670 **Köln** · Gereonstraße 34-36 · Tel. +49 221 1643-0

06114 **Halle** · Bernburger Straße 4 · Tel. +49 345 52 521-0
56410 **Montabaur** · Aubachstraße 13 · Tel. +49 2602 93 11-0
18055 **Rostock** · Am Vögenteich 26 · Tel. +49 381 491 24-0

Die Inhalte dieser PKF* Publikation 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 dieser PKF* Publikation 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 Fasselt Schlage 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 Fasselt Schlage übernimmt keine Verantwortung oder Haftung für Handlungen oder Unterlassungen einzelner oder mehrerer Mitgliedsunternehmen. Die Angaben nach der Dienstleistungsinformationspflichten-Verordnung sind unter www.pkf-fasselt.de einsehbar.